

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

L'ÉLECTRICITÉ

LES CONTRATS QU'ELLE ENGENDRE

Thèse pour le Doctorat

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

LE 26 JUIN 1908, A 4 HEURES DE L'APRÈS-MIDI

PAR

René CHAPLAIN

*Avocat à la Cour d'Appel de Caen,
Attaché au Parquet du Procureur Général,
Lauréat de la Faculté.*



CAEN

IMPRIMERIE E. LANIER

31, BOULEVARD BERTRAND, 31

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

L'ÉLECTRICITÉ

LES CONTRATS QU'ELLE ENGENDRE

Thèse pour le Doctorat

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

Dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

LE 26 JUIN 1908, A 4 HEURES DE L'APRÈS-MIDI

PAR

René CHAPLAIN

*Avocat à la Cour d'Appel de Caen,
Attaché au Parquet du Procureur Général,
Lauréat de la Faculté.*



CAEN

IMPRIMERIE E. LANIER

31, BOULEVARD BERTRAND, 31

—
1908

JURY D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, *professeur*, Président.

LEBRET, *professeur*.

BINET, chargé de cours.

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1907-1908

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. 1), membre de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

M. DANJON (I. 1), professeur de *Droit Commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. 1), professeur d'*Economie politique*, chargé du cours de *Législation financière*.

GUILLOUARD (*, I. 1, C. 1, G. O. 1, C. I. C. 1, O, 1, L. 1), professeur de *Droit civil*, correspondant de l'Institut.

LEBRET (I. 1), (ancien Ministre de la Justice), professeur de *Droit civil*, chargé du cours de *Notariat et Enregistrement*.

CABOUAT (I. 1), professeur de *Droit international public et privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

MM BIVILLE (I. ) , professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours d'*Éléments de droit civil*.

DEBRAY (A. ) , assesseur du Doyen, professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR (A. ) , professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments de Droit constitutionnel*.

ASTOUL (A. ) , professeur de *Droit romain* et chargé des cours de *Pandectes*, de la *Coutume de Normandie* et d'*Histoire du Droit public français*.

DEGOIS (A. ) , professeur de *Droit criminel*, chargé du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL (A. ) , professeur d'*Histoire du Droit français*.

ALLIX (A. ) , professeur d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

NÉZARD (A. ) , docteur en droit, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé*, de *Droit public*, de *Droit administratif* et d'*Éléments de Droit public et administratif*. (Capacité).

BINET, docteur en droit, chargé d'un cours de *Droit civil*.

SECRÉTAIRE :

M. GALLOU (I. ) , secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBERT. *Du Contrat par correspondance*. Thèse, Paris, 1893, in-8.
- BERNOT. *Essai d'une Théorie sur la propriété des rivières non navigables ni flottables*. Thèse, Dijon, 1903, in-8.
- BOGAËRS. *La Houille blanche*. Thèse, Caen, 1905, in-8.
- BONNEAU. *Les Riverains des cours d'eau non navigables ni flottables et les Droits de caractère privé qui leur appartiennent*. Thèse, Dijon, 1903, in-8.
- CAREY. *Des Recueils d'arrêts en Angleterre, et en particulier de la question de savoir à quel moment est formé une convention par correspondance*. (Revue de Droit français et étranger de Félix, 1844).
- COUBARD. *De l'amortissement du capital-action dans les sociétés*. Thèse, Dijon, 1906, in-8.
- CRISTESCO. *Du droit des riverains à l'utilisation de la force motrice des cours d'eau non navigables ni flottables*. Thèse, Paris, 1902, in-8.
- CRUVEILHIER. *Les Concessions d'éclairage*, (Revue générale d'administration, 1898 et 1899).
- DARQUER. *Des Contrats par correspondance*. Thèse, Paris, 1885, in-8.
- DEJEAN. *Étude juridique et économique sur les Chemins de fer d'intérêt local*. Thèse, Paris, 1898, in-8.
- DEMOGUE. *Exceptio non adimpleti contractus*. (Revue trimestrielle de Droit civil, 1907).

- DOLBEAU. *Des Contrats par correspondance en général*.
Thèse, Caen, 1896, in-8.
- DOURDIN. *De la preuve des Contrats par correspondance*.
Thèse, Bordeaux 1903, in-8.
- EMMINGHAUS. *Archive für die praktische rechtswissenschaft*.
Tome VI, 1869.
- ESPERON. *Il principio di nazionalità*, Pavie, 1868.
- FLANDIN. *De la vente par correspondance*. (Revue de Notariat et d'Enregistrement, 1869).
- FRISSON. *De l'Effet à l'égard des particuliers des concessions et traités municipaux en matière d'éclairage*. Thèse, Paris, 1898, in-8.
- GIRAULT. *Du Contrat par correspondance*. Paris, 1890, in-8.
- GOUGET. *Théorie générale du Contrat avec soi-même*. Thèse, Caen, 1903, in-8.
- GUILLOUARD (Jean). *Notion juridique des actes d'exécution des autorisations et des concessions administratives*. Thèse, Paris, 1903, in-8.
- HANOTAUX. *L'énergie Française (La Houille blanche)*. Paris, 1902, in-12, et *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} avril 1901.
- HAURIU et ADER. *De la Législation à établir en vue de la création des entreprises hydro-électriques destinées à la transmission de l'énergie à distance sur les cours d'eau non navigables ni flottables*. (Bulletin de la Société d'Études législatives, 1901-1902).
- HEPP. *De la Correspondance privée*. Thèse, Strasbourg, 1864, in-8.
- HERARD et SIREY. *Les Canalisations d'énergie électrique*. Paris, 1894, in-8.
- HIRSCH. *Législation et Jurisprudence administrative concernant l'électricité dans ses différents usages*. Thèse, Paris, 1898, in-8.
- KÖPPEN. *De Obligatorische verträge unter abwesenden* (Jahrbücher für die Dogmatik, 1871).

- KOPF. *Du Calcul de l'amortissement dans les entreprises industrielles*. Thèse, Poitiers, 1904, in-8.
- LABBÉ. *Les Concessions d'éclairage à Paris et à Berlin*. Thèse, Paris, 1900, in-8.
- LACAN. *Étude théorique et pratique sur les Chemins de fer d'intérêt local, les Tramways et autres voies ferrées secondaires*. Thèse. Paris, 1898, in-8.
- DE LACROIX DE LAVALETTE. *Régime administratif de la distribution publique d'électricité à Paris*. Thèse. Paris, 1907, in-8.
- LARTIGUE. *Les Tramways*. Thèse, Toulouse, 1904, in-8.
- MAAS. *Das vertragschluss auf electrischen wege*. Berlin, 1889.
- MARTIN. *Le Droit du riverain à la force motrice*. Thèse, Paris, 1903, in-8.
- MAUMUS. *Du Contrat par correspondance*. Toulouse, 1905, in-8.
- MICHOUD. *Exposé d'une proposition de loi sur l'utilisation de la force motrice des cours d'eau non navigables ni flottables*. (Bulletin de la Société d'Études législatives, 1901-1902).
- MISTRAL. *Étude sur les distributions d'énergie électrique*. Thèse, Paris, 1907, in-8.
- NORSA. *Il telefono e la lege*. Milan, 1883.
- PÉTIT. *Du Contrat par correspondance*. Thèse, Paris, 1901, in-8.
- PICARD. *Traité des Eaux*. Paris, 1893-1896, in-8.
- PILON. *Monopoles communaux. Éclairage au gaz et à l'électricité. Distribution d'eau et de force motrice. Omnibus, Tramways*. Thèse, Caen, 1898, in-8.
- PILON. *Le Problème juridique de l'Electricité* (Revue trimestrielle de Droit civil, 1904).
- PIPIA. *L'Elettricità nel diritto*. Milan, 1900, in-8.
- POINCARÉ. *L'Électricité*. Paris, 1907, in-12.

- RANELLETTI. *Theoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*. Turin, 1894-1897, in-8.
- REY. *La Houille blanche*. Thèse, Paris, 1903, in-8.
- ROCCO. *Delle leggi, del regno, del due Siciliæ*. Naples, 1837.
- RODET. *Distribution d'énergie par courants polyphasés*. Paris, 1898, in-8.
- SCHEURL. *Vertragabschluss unter abwesenden*. (Jahrbücher für die Dogmatik, 1858).
- SÉE. *Les Entreprises de distribution d'énergie*. Thèse, Paris, 1903, in-8.
- SÉJALON. *Régime légal des forces hydrauliques*. Thèse, Aix, 1906, in-8.
- SERAFINI. *Della conclusione dei contratti fra assenti*. (Scritti Germanici. Dissertatio I. Naples, 1862).
- SERAFINI. *Le Télégraphe dans ses relations avec la Jurisprudence civile et commerciale*. Paris, 1862. (Traduction de Lavieille de Lameillière. Paris, 1863).
- STUBENRAUCH. *Der electrische telegraph in privatrechtlichen beziehung*. (Allgemeinen oesterreichische gerichtszeitung, 1875).
- SURVILLE. *Du Contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux* (Journal de Droit international privé, 1892).
- VALERY. *Des Contrats par correspondance*. Paris, 1895, in-8.
- VIDAL. *Le Téléphone au point de vue juridique* (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1884-1885).
- VIDARI. *Corso di diritto commerciale*. 3^e édition. Milan, 1886.
- WINDSCHEID. *Lehrbuch der Pandektenrechts*. Francfort, 1900-1901, in-8.
- WURTH. *Des principes de Droit qui régissent les lettres missives et les télégrammes*. (Discours prononcé à la rentrée de la Cour d'appel de Gand, le 16 octobre 1862).

INTRODUCTION

L'avenir, dit-on souvent, est à l'électricité et l'on a raison, car les brillantes conquêtes d'hier autorisent les plus vastes espoirs pour demain.

En quelques années, l'usage du courant électrique a tout transformé autour de nous. Le télégraphe et le téléphone ont modifié complètement la vie économique et sociale. Les industries chimiques, les moyens de transport, les procédés d'éclairage, les découvertes sur la radiographie et la haute fréquence ont révolutionné la physique, la chimie et la pratique médicale. Ce n'est pas tout encore, l'étude des corps radioactifs a conduit les physiciens à des conceptions audacieuses sur la constitution de la matière, sur les lois de la mécanique, et beaucoup de savants estiment que

les phénomènes électriques jouent dans la nature un rôle prépondérant.

L'on voit, par cette simple énumération, que l'électricité a transformé la science et les conditions de l'existence, aussi il est intéressant d'étudier ses conséquences au point de vue juridique.

Il est certain qu'un bon nombre de découvertes n'ont eu aucune répercussion dans le domaine du droit, mais d'autres, au contraire, ont engendré, ou de nouveaux moyens de contracter, ou des contrats nouveaux ; ce sont ces différentes transformations que nous voudrions étudier.

Le télégraphe et le téléphone sont les principaux organes à l'aide desquels sont formées ces obligations nouvelles.

Le télégraphe permet de transmettre très rapidement la pensée et de traiter en quelques heures, avec un tiers éloigné, des affaires qui auraient exigé plusieurs jours avant d'être réglées, si l'on avait fait usage de la correspondance ordinaire.

Le téléphone a fait mieux encore, il a supprimé la distance, en permettant à des personnes qui se trouvent à des centaines de kilomètres l'une de l'autre, de converser.

Nous étudierons ces nouveaux moyens de contracter, nous verrons quelles obligations ils

peuvent servir à former et quelles règles les régissent.

La distribution d'énergie électrique a un grand nombre d'applications qui ont fait naître de nouveaux contrats : les concessions d'éclairage, les concessions de traction, le transport d'énergie, sont les principaux. Nous examinerons successivement chacun de ces contrats, et nous verrons que, si le législateur les a parfois réglementés, il a plus souvent laissé toute liberté aux parties, ce qui a de grands avantages, car les intéressés peuvent établir leurs conventions comme bon leur semble et au mieux de leurs intérêts.

A nous en tenir là, notre étude sur les contrats paraîtrait, au premier aspect, assez complète, mais elle serait absolument insuffisante et manquerait de base, car elle omettrait de préciser la production et la nature de l'électricité au point de vue juridique.

Le problème est d'autant plus délicat, que le Code civil n'en a rien dit et cela pour la raison péremptoire qu'il n'était pas né en 1804. Depuis, aucune loi n'est venue remédier directement à cet état de choses et cela est regrettable, car les questions soulevées mettent en conflit des intérêts très importants, et il serait urgent que le législateur intervint pour les solutionner et

supprimer cette source très abondante de procès.

Il résulte de ce qui précède que notre sujet se divise tout naturellement en trois parties principales :

I. — PRODUCTION ET NATURE JURIDIQUE DE L'ÉLECTRICITÉ.

II. — LES CONTRATS PAR CORRESPONDANCE ÉLECTRIQUE.

III. — LA DISTRIBUTION D'ÉNERGIE.

PREMIÈRE PARTIE

Production et nature juridique de l'électricité

Etudions d'abord les différentes manières de produire l'énergie électrique. Deux d'entre elles nous arrêterons seulement un instant ; la production d'énergie par les piles et celle par les machines à vapeur. La captation d'énergie par chute d'eau nécessitera une étude plus détaillée, car la loi du 8 avril 1898 n'a tranché que quelques points et a laissé subsister de nombreux sujets de controverse. Divers projets de loi ont été déposés, pour compléter la législation, mais le Parlement n'en a discuté aucun ; il serait pourtant urgent qu'une réglementation intervint, car chaque jour les difficultés s'accumulent. Nous n'étudierons pas ces questions

en détail, car elles sont un peu en dehors de notre sujet, nous nous contenterons seulement d'indiquer les principes généraux qui régissent ces diverses matières.

Après cette étude nous examinerons la nature juridique de l'électricité, nous exposerons les divers systèmes qui ont été présentés sur ce point et nous nous demanderons ce qu'est l'électricité.

L'examen de ces diverses questions aura pour avantage de nous faire connaître les difficultés soulevées par la création d'énergie électrique.

CHAPITRE I^{er}

Production de l'Électricité

Les procédés par lesquels on arrive à faire naître un courant électrique utilisable sont légion, mais en réalité trois seulement sont employés, ce sont ceux pour lesquels on se sert de piles, de machines à vapeur ou de chutes d'eau.

L'électricité peut se produire au moyen de piles ; il est très facile d'en installer et d'avoir un courant suffisant pour faire marcher une sonnette par exemple. Ce système n'a qu'un inconvénient, c'est que les courants produits sont toujours faibles et absolument insuffisants, pour l'éclairage ou l'industrie. Ce mode de production est cependant employé dans la pratique pour le fonctionnement des appareils nécessaires aux communications télégraphiques et téléphoniques. Il ne soulève aucune difficulté au point de vue juridique, car le possesseur de la pile fait seul usage du courant qui s'en dégage.

Les deux autres procédés pour créer l'énergie

électrique, machine à vapeur et chute d'eau ont cet avantage qu'ils peuvent produire des courants à haute tension nécessaires pour l'éclairage et la traction.

On peut avec une machine à vapeur produire une force considérable qui, recueillie par une dynamo, se transformera en électricité et pourra être employée à des usages très divers; c'est ce qui se passe ici-même à Caen où les compagnies d'éclairage et de traction produisent de cette manière le courant qui leur est nécessaire pour remplir les obligations qu'elles ont contractées.

Cette production n'entraîne pas de difficultés, car sur un terrain dont on a la propriété ou la jouissance on peut installer dans son usine une machine à vapeur et une dynamo qui permettent d'obtenir un courant utilisable.

La production de l'électricité par la vapeur a un grave inconvénient, le prix de revient en est élevé. Comment la produire économiquement? En utilisant les chutes d'eau, soit naturelles, soit artificielles. Ces dernières sont obtenues à l'aide de travaux, tels que des barrages et des canaux, qui souvent portent atteinte aux droits que les propriétaires riverains ont sur les cours d'eau. De là des conflits entre les créateurs d'usines et les propriétaires inférieurs, ce sont ces difficultés que nous devons étudier.

Cette production de l'électricité par l'eau a amené une révolution économique qui a fait donner aux cours d'eau ainsi employés le nom de houille

blanche (1). Nous allons examiner la législation actuelle, ses conséquences, les résultats qu'elle produit, les lacunes qu'elle contient puis nous verrons enfin les remèdes à apporter à cette situation.

Dans notre droit, les cours d'eau ne sont pas tous soumis aux mêmes règles, on les divise en deux catégories : les cours d'eau navigables et flottables et les cours d'eau non navigables, ni flottables. Certains auteurs voulaient même créer une troisième catégorie pour les ruisseaux. Cette opinion qui avait été dans l'ancien droit, celle de Loysel (2) et qui avait été reprise par Merlin (3) et Demolombe (4) est aujourd'hui abandonnée.

Les cours d'eau navigables et flottables font partie du domaine public, article 538 Code civil, les dispositions de ce texte ont été reproduites et complétées par l'article 34 de la loi du 8 avril 1898, qui déclare en outre : que les bras même non navigables et non flottables qui prennent naissance au-dessous du point où les fleuves et rivières commencent à être navigables ou flottables, font partie du domaine public ; il en est encore ainsi, des noues et boires qui tirent leurs eaux des mêmes fleuves et rivières.

L'intervention du législateur est très ancienne

(1) HANOTAUX. *L'Energie Française* (la houille blanche), pp. 163 à 197 et *Revue des Deux Mondes*, 1^{er} avril 1901, pp. 481 à 503.

(2) LOYSEL. *Institutes Coutumières*, Livre 2, Titre 2, § 8.

(3) MERLIN. *Répertoire* : verbo. *Cours d'eau*, § 1.

(4) DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*. Tome X, § 142.

en cette matière, car on trouve déjà une ordonnance de Philippe-le-Bel sur la question, mais les ordonnances les plus importantes sont celles de Moulins de février 1566, d'août 1669 et d'avril 1683. Le Code civil n'a guère fait que reproduire les principes qu'elles avaient consacrées.

Il y a quelques exceptions au principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des cours d'eau. L'une des plus connues résulte de l'article 1^{er} de l'ordonnance de Moulins, ce texte déclare que le domaine public peut être aliéné « pour la nécessité de la guerre après lettres patentes pour ce décernées et publiées par nos Parlements ».

Quelles seront les conséquences de ce caractère de domanialité publique, pour l'industriel qui voudra s'établir sur le bord d'une rivière navigable ou flottable. Il devra obtenir une autorisation de l'État lui concédant l'usage de l'eau. Cette concession confère un droit nouveau à l'usiner ; elle est accordée le plus souvent par décret, après enquête et avis du Conseil d'Etat. L'industriel devra supporter les charges et redevances qui lui sont imposées, conformément à l'article 44 de la loi du 8 avril 1898, qui déclare que « les concessionnaires sont assujettis à payer une redevance à l'État ».

Le domaine public, ainsi que nous l'avons déjà dit, est inaliénable et imprescriptible ; de ce double caractère, on conclut que l'établissement de l'usiner sur le cours d'eau n'est que temporaire et que son droit peut être révoqué si les exigences du service public le demandent. Souvent, l'acte d'au-

torisation renferme une clause, stipulant que la concession accordée pourra être retirée sans que l'usinier puisse réclamer une indemnité quelconque mais il en serait de même, si cette condition n'était pas insérée dans le décret d'autorisation et si le retrait était basé sur l'intérêt public (1). C'est d'ailleurs ce qu'a décidé l'article 45 de la loi du 8 avril 1898, en déclarant que les prises d'eau et autres établissements créés sur les cours d'eau, navigables et flottables, même avec autorisation, peuvent toujours être modifiés ou supprimés.

Il est inutile de s'étendre plus longuement sur cette matière, car la loi de 1898, a adopté les solutions de la jurisprudence sur un grand nombre de questions qui avaient été soumises aux Tribunaux ; nous allons aborder maintenant l'étude des cours d'eau ni navigables, ni flottables. Il est inutile, vu le but que nous poursuivons, de nous étendre sur la législation antérieure au Code civil ; nous dirons seulement que là question se posait en droit romain et qu'elle avait été soulevée dans l'ancien droit et dans le droit intermédiaire (2). L'article 644 du Code civil l'a tranchée de la manière suivante : « Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public, par l'article 538 au titre de la distinction des biens, peut s'en servir à son passage

(1) Cons. d'Etat, 14 juin 1839 (S. 39-2-219).

(2) Voir : SÉJALON, *Régime légal des forces hydrauliques*, pp. 117 à 135, et BOGAERS, *La houille blanche*, pp. 21 à 25.

pour l'irrigation de ses propriétés. Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à charge de la rendre à la sortie de ses fonds à son cours ordinaire ».

Ce texte attribue la plénitude de jouissance à celui dont l'eau courante borde ou traverse les propriétés avec réserve du droit égal des autres riverains. Mais en dehors de là, tout sous l'empire du Code civil était incertitude et plusieurs systèmes s'étaient formés, car on discutait la nature, l'étendue du droit des riverains et la question de propriété du lit.

Une opinion soutenait que l'eau était *res nullius* et que les riverains avaient un droit de propriété sur le lit. On conciliait ainsi les articles 560 et 561 du Code civil qui donnent la propriété des îles aux riverains suivant que le cours d'eau est navigable ou ne l'est pas ; mais cette théorie allait échouer contre l'article 563 qui accorde l'ancien lit aux propriétaires envahis.

Un autre système prétendait que le lit et l'eau étaient des choses communes. C'était le système adopté le plus généralement par les auteurs et par la jurisprudence, il avait cet inconvénient que, s'il expliquait l'article 561, il ne paraissait pas très probant sur l'article 560.

Enfin, une troisième opinion déclarait que le lit et l'eau étaient la propriété des riverains. Elle se basait sur le Droit romain et l'ancien Droit et elle montrait que les cours d'eau sont susceptibles d'ap-

propriation privée. Ce système conciliait tous les textes ; aussi beaucoup d'auteurs s'y étaient ralliés et quelques arrêts avaient adopté cette solution (1). Telles étaient les principales théories en présence quand fut votée la loi de 1898 sur le régime des eaux. Cette loi a, dans son article 3, tranché une des difficultés pendantes en précisant que : « le lit des cours d'eau non navigables et non flottables appartient aux propriétaires des deux rives. Si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, chacun d'eux a la propriété de la moitié du lit, suivant une ligne que l'on suppose tracée au milieu du cours d'eau, sauf titre ou prescription contraire ».

Le législateur a donc mis fin sur ce point aux discussions qui divisaient les auteurs, mais le débat est resté ouvert sur la question de l'eau. Le législateur, en effet, n'a pas attribué la propriété de l'eau ; mais, il n'y a plus que deux opinions vraiment sérieuses en présence : l'une l'attribue aux riverains, l'autre soutient que c'est une chose commune.

Cette dernière idée paraît triompher en jurisprudence (2) et cela est regrettable, car si l'eau est *res nullius*, l'État est maître de la situation et il peut régler à son gré la manière d'en jouir. Cette solution

(1) Agen, 4 mars 1856 (D. 56-2-63). Cass. 7 juin 1869 (D. 69-1-441).

(2) Orléans, 1^{er} septembre 1899 (D. 1900-2-350). Grenoble, 31 octobre 1899 (S. 1900-2-96, et D. 1900-2-350). Paris, 26 juillet 1901, et Tribunal d'Auch, 4 juillet 1901 (D. 1902-2-201).

est de plus juridiquement mauvaise, car une rivière se compose du lit et de l'eau, et puisque le législateur de 1898 a déclaré le lit propriété privée, il en est forcément de même de l'eau ; car les deux éléments qui composent la rivière forment un tout indivisible.

Étudions de plus près le droit des riverains, et examinons d'abord qu'elle est la nature de ce droit. On a essayé de soutenir qu'il était un droit d'usage, puis une servitude ; ces deux théories sont abandonnées.

Les auteurs et la jurisprudence qui voient dans l'eau une *res nullius* en tirent cette conséquence que le riverain a un simple droit de préférence en ce qui concerne l'usage de l'eau.

Nous ne pouvons admettre cette solution. Pour nous, l'eau est la propriété indivise des riverains. En effet, l'eau qui traverse ou qui borde une propriété, est à la disposition de chacun des riverains. La jouissance de chacun d'eux ne peut être, ni absolue, ni exclusive, car elle est limitée par les droits des autres riverains. Or, la propriété est le droit d'user et de jouir d'une chose d'une manière exclusive, mais ce droit étant limité, on arrive nécessairement à l'idée de copropriété indivise. Ce système s'accorde très bien avec celui de la loi de 1898 ; celle-ci qui concède la propriété du lit aux riverains, doit forcément leur donner la propriété de l'eau, car les deux éléments qui composent la rivière sont inséparables.

Examinons maintenant l'étendue de droit des

riverains. L'article 644 du Code civil déclare : celui dont la propriété borde une eau courante, ni navigable, ni flottable, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. Celui, dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre à la sortie de son fonds à son cours ordinaire.

Le Code civil fait donc une distinction entre le propriétaire bordier et celui dont le fonds est traversé par le cours d'eau. Aujourd'hui, il est admis d'une manière constante en doctrine et en jurisprudence que cette distinction est inutile, et personne n'en tient compte (1). Du reste, depuis la loi de 1898, aucun doute n'est possible sur ce point, l'article 2 de cette loi, qui statue d'une manière générale, donne des droits égaux au propriétaire bordier et à celui dont la propriété est traversée. Cette égalité du droit des riverains étant admise, il faut décider que chacun d'eux peut employer l'eau à tous les usages et même à l'industrie. Chaque riverain a donc le droit, pendant que l'eau est sur son fonds, d'utiliser la force qu'elle contient et de la rendre ensuite à son cours naturel à la sortie de son fonds ; de cette façon, l'industriel ne modifie

(1) AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. II, p. 158, § 246 ; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, § 156 et suivants ; Cass., 17 janvier 1888 (S. 88-1-149, et D. 88-1-75).

pas les droits des propriétaires d'amont et d'aval (1).

Si le riverain a des droits, il a aussi des obligations; en effet, aux termes de l'article 644, il doit rendre à la sortie de son fonds l'eau à son cours ordinaire. Il peut arriver, et il arrive souvent, que le propriétaire ait détourné l'eau assez loin du ruisseau pour qu'il lui soit impossible de la rendre à son cours ordinaire à la sortie de son fonds. Faut-il dire que le riverain ne peut faire un tel usage de l'eau; je ne le crois pas. D'abord, on ne peut astreindre le riverain à rendre toute l'eau dérivée, car s'il avait irrigué son fonds une partie aurait disparu dans le sol.

Telles sont les conséquences que l'on tire de l'article 644 et telle est la législation actuelle sur les eaux. Cette législation a de graves défauts, surtout au point de vue industriel. Si un usinier, par exemple, veut détourner un cours d'eau, pour en capter la force et produire de l'électricité, il est obligé de s'entendre avec tous les riverains qui se trouvent situés sur les bords du cours d'eau, jusqu'à ce qu'il ait rendu les eaux qu'il a prises à leur cours normal et si un seul des riverains refuse, l'usinier ne peut rien faire, il est désarmé.

(1) Cette solution est admise par beaucoup d'auteurs : AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. III, p. 84, § 246; DEMO-LOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, § 156, p. 188. La Jurisprudence est constante : Besançon, 18 février 1864 (S. 64-2-217 et D. 64-2-36); Grenoble, 5 avril 1881 (D. 82-2-200); Cass., 4 mai 1887 (S. 87-1-321 et D. 87-1-199); Cass., 18 janvier 1888 (S. 88-1-149 et D. 88-1-75).

La loi du 29 avril 1845 décide que, pour irriguer un terrain, on permet d'imposer une servitude d'aqueduc à un fonds intermédiaire ; il devrait en être de même pour la captation, dans un but industriel, des sources et des cours d'eau.

Tels sont les principaux inconvénients que présente cette loi, au point de vue qui nous occupe. Aussi, dès le lendemain de sa publication, les controverses et les discussions ont repris avec plus d'âpreté et un grand nombre de projets ont été présentés, les uns venant de l'initiative parlementaire, les autres du gouvernement, mais aucun n'a encore abouti et n'a été discuté. Nous allons résumer très brièvement les dispositions essentielles des principaux projets déposés.

Dès le 3 mars 1898, M. Jouart, député, déposa une proposition sur la législation des chutes d'eau ; d'après ce projet, le droit des riverains disparaît pour faire place à celui de l'État. L'État concéderait à l'industriel le droit de s'établir sur les cours d'eau. L'Administration choisirait le concessionnaire qui serait soumis à un cahier des charges. L'industrie privée existerait cependant encore, mais seulement pour les usines inférieures à 100 chevaux (1). Cette proposition, renvoyée devant la Commission de distribution d'énergie, ne fut pas adoptée, et elle chargea M. Guillain d'élaborer une nouvelle propo-

(1) *Journal Officiel* 1898 : Chambre, documents parlementaires, annexe 3093, p. 774 et annexe 623, p. 1532.

sition. Ce nouveau projet admet toujours, comme principe, la concession par l'État, qui a le choix du concessionnaire ; mais il donne certaines garanties pour que ce choix ne soit pas livré à l'arbitraire ; enfin, la concession ne serait obligatoire que pour les usines de 200 chevaux, et cette concession serait perpétuelle. Le Gouvernement n'adopta pas cette proposition et il déposa un projet de loi le 6 juillet 1900 (1). Le système proposé par M. Jouart est adopté en principe. Deux catégories d'usines : les unes sont privées et n'ont pas une force supérieure à 100 chevaux, les autres sont concédées par l'État. La législation est la même pour les cours d'eau navigables et non navigables. Le concessionnaire est choisi par l'Administration, soumis à un cahier des charges ; la concession est temporaire et peut être rachetée au bout de quinze ans.

Les trois projets que nous venons d'exposer, ont pour base la concession. Avec ce système, l'État prendrait possession des forces hydrauliques, il pourrait ainsi vaincre la résistance des barreaux de chutes et arriver à une utilisation méthodique et obligatoire des cours d'eau. En face de ces faibles avantages, les inconvénients seraient énormes. L'usinier serait dans une situation précaire, toujours très nuisible pour l'exploitation d'une industrie et constamment sous la menace du rachat. L'État

(1) *Journal Officiel* 1900 : Chambre, Documents parlementaires, annexe 1822, p. 22.

dépouillerait, en outre, les riverains de leurs droits ; il leur devrait donc une indemnité et la somme à verser serait énorme. Au début, les charges de la concession pourraient être légères, mais il serait à craindre qu'elles ne fussent aggravées par l'Administration et deviennent très onéreuses. L'industrie, enfin, répugne à ce système, et actuellement on trouve très peu d'usines sur les cours d'eau navigables qui sont soumises à une législation analogue, tandis qu'elles sont nombreuses sur les rivières non navigables.

On en était là, quand la Société d'Études législatives, qui venait de se fonder, mit cette question à l'étude et la discussion qu'elle entraîna remplit les séances des 9 avril et 13 mai 1902. M. Michoud, professeur à l'Université de Grenoble, exposa un système que l'on peut appeler le système des industriels, c'est un régime de liberté absolue (1). M. Michoud est frappé de l'analogie existante entre les copropriétaires indivis et les riverains d'un cours d'eau non navigable. Les coriverains ont sur les cours d'eau, un droit réel immobilier, égal pour tous, ils sont donc dans l'indivision et peuvent, chacun individuellement, invoquer à leur profit le principe édicté dans l'article 815 du Code civil : « Nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision ». Cette théorie conduit à la licitation de

(1) *Bulletin de la Société d'Études législatives* 1901-1902, pp. 213 et suivantes et pp. 236 et suivantes.

l'indivision et à la cession des droits sur le cours d'eau au plus offrant. Le riverain qui voudrait faire servir un cours d'eau à un usage industriel, devrait indiquer la section de la rivière sur laquelle il voudrait faire son installation; faire admettre sa demande contradictoirement avec les riverains intéressés et la soumettre au Gouvernement qui a, dans ce système, un droit de contrôle et de surveillance à exercer dans l'intérêt public. L'usiner devrait donc obtenir une autorisation des pouvoirs publics, car le rôle de l'Administration serait double : sauvegarder les intérêts généraux, assurer le fonctionnement des services publics. Il serait, en effet, nécessaire d'organiser, en outre des usines privées munies d'autorisation, des usines qui seraient affectées à des services publics. Pour donner à ces dernières le caractère d'établissements d'utilité publique, il serait nécessaire de se conformer aux règles actuellement en vigueur.

M. Berthelemy a soulevé plusieurs objections contre ce projet. Il a d'abord prétendu qu'il n'y avait pas entre les riverains indivision, car, dans l'indivision, chacun n'a pas droit à telle ou telle partie du tout, mais son droit s'exerce sur chaque partie du tout, il est seulement limité par le droit de ses cohéritiers. Le droit du riverain n'est pas de la même nature que celui du cohéritier, car celui-là a un droit propre et exclusif sur une partie de la rivière, tandis que le droit de celui-ci porte sur l'ensemble des biens indivis.

Il est en outre objecté au point de vue pratique que

la possibilité de la licitation sur la demande d'un seul des riverains rendrait la situation du bordier plus précaire que dans le système de la concession.

Cette théorie a fait grand bruit au moment de son apparition, mais depuis elle semble un peu abandonnée, car de nombreuses propositions ont, dans la suite, attiré l'attention.

A peu près à la même époque, MM. Hanriou, professeur à la Faculté de Droit, de l'Université de Toulouse, et Ader, ingénieur des Ponts et Chaussées à Narbonne, ont établi un nouveau projet (1). Il est basé sur le groupement des riverains en Associations syndicales, conformément aux lois des 21 juin 1865 et 22 décembre 1888. L'association pourra se former, quand elle aura réuni les $\frac{2}{3}$ des propriétaires représentant au moins la moitié des droits de riveraineté. Cette association constituée peut aménager elle-même la chute, la vendre ou la louer.

Si un tiers veut aménager une rivière et qu'il n'y ait pas d'association syndicale, il demande au Préfet la concession ; mais celle-ci ne pourrait être que temporaire et elle ne sera admise que si un intérêt général est en jeu.

Ce projet est très critiquable, d'abord il est difficile de former des associations syndicales de pro-

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives* 1901-1902, pp. 439 et suivantes.

priétaires ruraux ; leur fonctionnement est délicat et le plus souvent on serait ramené à la concession administrative.

La Chambre de Commerce de Lyon a pris en considération un projet de M. Coignet qui veut appliquer à notre matière l'act Torrens. L'industriel qui voudrait créer une chute pourrait mettre les riverains en demeure de faire valoir leurs droits, pendant un délai à déterminer ; ce temps expiré les propriétaires seraient déchus de leurs droits. Ce projet aurait pour résultat d'amener la création de petites usines et par suite un morcellement de droits qui serait fâcheux au point de vue industriel.

M. Guillaïn, le Président de la Commission de la Chambre des Députés a, le 23 juin 1903 (1), déposé une proposition modifiant son projet antérieur exposé plus haut. La base du système est toujours la concession, mais elle n'est applicable que pour les usines de 1.000 chevaux et s'il y a concession le rachat peut n'avoir lieu qu'à chaque expiration d'une période de 30 ans. Ces corrections améliorent sensiblement le premier projet Guillaïn, mais la plupart des graves inconvénients déjà signalés subsistent encore.

Ces diverses propositions n'avaient pas fait beaucoup avancer la question, lorsque le gouvernement

(1) *Journal Officiel* 1903. Chambre. Documents Parlementaires. Annexe 1057, p. 2008.

se résolut à intervenir. M. Mougeot, ministre de l'agriculture, créa le 7 avril 1903, par arrêté, une Commission pour élaborer un nouveau projet. Cette Commission, composée des personnalités les plus compétentes, élaborà une nouvelle proposition qui fut déposée à la Chambre, le 15 janvier 1904 (1).

La commission est partie d'une idée autre que celle qui, jusque-là, avait servi de base. Au lieu de créer de toute pièce des systèmes nouveaux elle cherche à toucher le moins possible à la législation actuelle.

Le projet divise les usines en deux parties : usines hydrauliques privées, usines hydrauliques déclarées d'utilité publique. Cette proposition est extrêmement libérale, elle permet toujours d'établir des usines en se conformant à la loi de 1898.

Les usines privées jouiront de certains privilèges, mais elles devront avoir recours à des formalités pour obtenir l'autorisation nécessaire. L'usiner qui voudra monter un établissement industriel fera une demande et indiquera la section de rives intéressées, les terrains nécessaires pour l'usine, l'emplacement du barrage ; il devra en outre posséder les droits des riverains sur un cinquième de la longueur des rives intéressées. L'autorisation sera donnée par le Conseil d'Etat après enquête ; elle pourrait être retirée, si elle nuisait gravement à l'intérêt général.

(1) *Journal Officiel* 1904. Chambre, Documents Parlementaires. Annexe 1442, p. 25.

Plusieurs demandes concurrentes peuvent se produire ; comment seront-elles réglées ? On accordera l'autorisation à celui qui aura la fraction la plus importante de droits appartenant aux riverains. Si les deux demandes sont partiellement concurrentes la plus importante triomphera.

Quels privilèges va-t-on donner à l'usiner ? Dès que l'industriel a obtenu une autorisation, il peut commencer les travaux ; s'il y a des propriétaires riverains avec lesquels il ne peut s'entendre, il fera trancher le litige par les Tribunaux.

A côté de ces usines privées il y a celles reconnues d'utilité publique. La déclaration d'utilité publique pourra toujours avoir lieu et la concession pourra être spéciale. L'usine fournira l'énergie nécessaire au service public et s'il est produit des excédents d'énergie, ils pourront être vendus à des particuliers. La concession de ces usines déclarées d'utilité publique est temporaire et dans la suite l'usine appartiendra à l'Etat.

Tel est, très brièvement résumé, cet important projet qui a le double avantage de ne pas bouleverser la législation existante et de laisser à l'industriel la plus grande liberté. Ce projet, dans son ensemble, est très acceptable ; il devrait être amélioré sur quelques points de détail ; il est en tout cas très supérieur à tous ceux qui étaient apparus jusque-là. Malgré ces avantages, il n'a pas encore été soumis au Parlement, mais grâce à lui un résultat appréciable a déjà été obtenu. Depuis son apparition de nombreux auteurs de propositions

se sont ralliés à celles de la Commission et aucun autre projet n'a été présenté sur cette matière. Il est très désirable de le voir prochainement devenir une loi qui mettra fin aux difficultés et aux incertitudes soulevées journellement dans la pratique (1).

(1) Pour plus de détails sur les divers projets de loi voir : REY, *La Houille blanche*, pp. 168 à 209 ; SÉJALON, *Régime légal des forces hydrauliques*, pp. 223 à 271 ; BOGAERS, *La Houille blanche*, pp. 98 à 221 ; BERNOT, *Essai d'une théorie sur la propriété des rivières non navigables, ni flottables*, pp. 37 à 117 ; CRISTESCO, *Du Droit des riverains à l'utilisation de la force motrice des cours d'eau non navigables, ni flottables*, pp. 437 à 624.

CHAPITRE II

La Nature juridique de l'Électricité

Nous avons étudié les divers procédés par lesquels on obtient un courant électrique ; maintenant que nous avons obtenu ce courant il faut nous demander quelle est la nature juridique de l'électricité ; faut-il pour la déterminer tenir compte de sa nature physique ?

Le problème ainsi posé est très délicat, et si l'on admet généralement que les phénomènes lumineux et caloriques sont produits par des mouvements vibratoires de l'éther, on ne sait pas d'une façon certaine et définitive la cause qui produit les qualités électriques et magnétiques des corps.

En Allemagne, on a essayé de déterminer d'après la nature physique, la nature juridique de l'électricité, mais l'on s'est trouvé acculé à des difficultés telles que pour arriver à punir le vol d'électricité, il a fallu faire intervenir le législateur, qui par la

loi du 9 avril 1900 (1) punit de l'emprisonnement et d'une amende de 1 à 500 marks, ou de l'une de ces deux peines, la soustraction de l'énergie électrique ainsi que la tentative de soustraction et si l'infraction est commise dans le but de nuire à un tiers, l'emprisonnement peut être porté à deux ans et l'amende à 1.000 marks. L'on comprend très bien que le droit allemand ait été obligé de faire une loi spéciale, quand on sait que la tendance de la science actuelle est d'abandonner l'idée de fluide comme constitutive de l'électricité et d'y voir un simple état du milieu diélectrique qui n'est pas susceptible de vol.

Un jurisconsulte italien, M. Pipia (2), a adopté la conception allemande, sur la nature juridique de l'électricité. Il démontre que l'électricité n'est pas une chose mais un état et il en conclut que l'électricité est susceptible de propriété et de possession mais qu'elle ne peut faire l'objet d'un vol.

Cette conception est erronée et doit être rejetée ; ce n'est pas du reste dans la nature physique de l'électricité qu'il faut chercher la solution de la question qui nous occupe, il y en a plusieurs raisons.

D'abord, il faut faire abstraction de la nature physique de l'électricité parce que la science, sur ce point, n'offre qu'une hypothèse ; que l'on admette que les phénomènes électriques sont, d'après Symmer et Coulomb, deux fluides positifs et négatifs, d'après

(1) *Annuaire de Législation étrangère*, année 1900, p. 75.

(2) PIPIA. *L'elettricità nel diritto*, p. 6, § 5.

Franklin un fluide unique, d'après les expériences d'Ampère reprises par Faraday et Maxwell des mouvements vibratoires de l'éther répandu partout, même dans ce que nous appelons le vide; tout cela n'est qu'hypothèse et il est dès lors impossible de trouver là une réponse à la question que nous nous sommes posée.

D'un autre côté le législateur envisage les choses qui sont objet de droit sans s'occuper de leur nature physique; c'est ainsi qu'il a procédé lorsqu'il a divisé les biens en meubles et en immeubles; il n'a fait que constater les effets des choses, sans en rechercher les causes; aussi faut-il procéder de même pour déterminer la nature juridique de l'électricité et la question qui se pose est donc de savoir si l'électricité est une chose mobilière susceptible d'appropriation privée.

Il me semble que l'on doit l'admettre sans difficulté. En effet, l'article 528 du Code Civil déclare : « Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère comme les choses inanimées ». Ces caractères paraissent bien s'appliquer à l'électricité, car on la transporte facilement d'un endroit dans un autre, nous la percevons, enfin on peut mesurer l'intensité des courants produits.

On objecte à cette théorie que l'électricité est impondérable; cela suffit-il pour qu'elle ne soit pas

une chose mobilière ; mais l'air était reconnu comme chose mobilière avant que l'on eut mesuré sa pesanteur.

On peut donc en conclure que l'électricité doit être considérée, juridiquement, comme un bien meuble, susceptible de propriété. Cette solution est du reste admise par la jurisprudence, c'est ce qui ressort d'un arrêt de Nancy du 13 juillet 1904 (1), où nous relevons l'attendu suivant : « Attendu, en effet, que quel que soit l'aspect sous lequel l'électricité doive être envisagée, qu'on la considère comme un fluide ou une énergie, il est incontestable qu'elle est susceptible d'une propriété privée par l'accumulation qui en est faite, la direction qu'on lui donne, l'usage auquel on l'emploie, force, chaleur ou lumière..... ».

Une opinion soutient, tout en admettant que l'électricité est une chose mobilière, qu'elle n'est pas susceptible de propriété, parce que c'est une *res nullius* qui peut être utilisée, mais ne peut devenir propriété privée. Cette solution a été soutenue devant le Tribunal correctionnel de Toulouse, le 12 mai 1897 (2), qui a repoussé cette théorie par les attendus suivants : « Attendu qu'on alléguerait vainement qu'il n'y a pas eu de la part de X... soustraction de l'objet, ainsi que l'exige l'article 379 du Code pénal, mais seulement récep-

(1) Nancy, 13 juillet 1904 (S. 1904-2-304).

(2) Tribunal de Toulouse, 12 mai 1897 (D. 97-2-367).

tion de cet objet et que l'électricité étant une *res nullius*, un fluide répandu dans la nature, il peut être utilisé par l'homme, mais non point devenir une propriété privée pouvant, comme toute autre, être soustraite ;

« Attendu que les termes de l'article 379 du Code pénal n'ont rien de sacramentel, et qu'ils visent toute appréhension de la chose d'autrui, toute main-mise sur cette chose à l'aide d'un moyen frauduleux ; qu'il est au moins inexact de prétendre qu'une *res nullius* ne puisse être soustraite après que quelqu'un s'en est emparé et en a fait sa chose en se l'appropriant ; que l'appropriation d'une chose n'appartenant à personne est, en effet, le premier des modes acquisitifs de propriété ; que cette chose reçoit surtout le caractère apparent et la marque distinctive d'objet privé, par la transformation qui l'a rendue utilisable, ou par l'augmentation de valeur que le travail lui a donnée et que, dès lors, celui qui la soustrait frauduleusement, commet incontestablement l'infraction définie par l'article 379 du Code pénal ;

« Attendu que ces principes sont applicables à l'électricité servant à l'éclairage, accumulée d'abord à l'usine par des procédés industriels et coûteux, et distribuée ensuite par les fils aux abonnés, suivant les conditions de leur contrat ».

Les partisans de l'opinion contraire ayant échoué sur ce point, se sont retournés et ont dit : l'électricité n'est pas susceptible d'appropriation privée parce que c'est une chose commune et il est de

principe certain que les choses communes ne peuvent, en droit civil, être l'objet de propriété.

Ce raisonnement n'est pas exact, car un courant électrique n'est pas une chose commune. En effet, il ne faut pas oublier qu'on ne peut pas, à proprement parler, créer l'énergie électrique ; l'électricité est obtenue par la transformation d'autres formes d'énergie, qui sont dans la nature comme les chutes d'eau et la chaleur.

Nous devons donc admettre en définitive que l'électricité est une chose mobilière susceptible d'appropriation privée.

DEUXIÈME PARTIE

Les Contrats par correspondance électrique

Nous allons maintenant examiner les contrats par correspondance électrique. Cette division comprend deux sortes de conventions. Les contrats par télégramme et les contrats par téléphone.

Cette étude renferme un certain nombre de points communs, mais il est cependant préférable d'examiner séparément chaque contrat, car à côté des ressemblances assez importantes, il y a des différences qui nécessitent des explications spéciales, pour chacun d'eux.

Les Contrats par Télégramme

La première application de l'électricité qui ait entraîné des conséquences au point de vue juridique, c'est le télégraphe électrique.

L'intervention du législateur a été assez tardive en cette matière, car la première mesure prise est une ordonnance du 23 novembre 1844, qui ouvrit le crédit nécessaire pour l'établissement de la première ligne de télégraphie électrique en France, la ligne de Paris à Rouen. L'État se réserva le droit de se servir seul du télégraphe, et s'est seulement six ans plus tard que la loi du 29 novembre 1850 ouvrit le télégraphe au public ; mais le gouvernement ne trouva pas cela suffisant et de même qu'il avait établi le monopole des Postes, il l'établit pour les Télégraphes, par le décret du 27 décembre 1851. Depuis il y a eu une foule de lois, de décrets, d'arrêtés et d'ordonnances qui portent soit sur l'organisation, soit sur l'administration de ce service, mais aucune décision n'a trait à la matière qui nous occupe, les contrats par télégramme.

L'étude de ces conventions peut être divisée en sept chapitres :

Chapitre I^{er}. — Est-il possible de contracter par télégramme et quels contrats peut-on former.

Chapitre II. — Nature juridique du contrat par télégramme.

Chapitre III. — Formation du contrat par télégramme.

Chapitre IV. — Moment et lieu de la formation du contrat.

Chapitre V. — Preuve des contrats par télégramme.

Chapitre VI. — Transcription du contrat par télégramme.

Chapitre VII. — Erreurs dans la transmission des télégrammes.

A ces divers chapitres il convient d'ajouter, pour terminer cette étude, un appendice sur les contrats qui se forment par le télégraphe sans fil.

CHAPITRE I^{er}

Est-il possible de contracter par télégramme et quels contrats peut-on former

Personne, aujourd'hui, ne songe à mettre en doute la possibilité du contrat par télégramme. La question ne s'est pas posée en doctrine et en jurisprudence à propos du télégramme, mais elle a été discutée en ce qui concerne les lettres missives ; or, il est certain que si l'on ne peut contracter par lettre, on ne le peut, à plus forte raison, par télégramme, car une dépêche est, à tout point de vue inférieure à la lettre, sauf en ce qui concerne la rapidité de la transmission. Du reste, la question ne se pose pas en termes aussi généraux ; mais de la façon suivante : La législation française assujettit-elle la validité des conventions à l'accomplissement de formalités qui soient incompatibles avec la conclusion d'un contrat entre absents ?

Cette question se présente différemment, suivant que l'on se trouve en matière commerciale ou en matière civile.

Pour le Code de commerce, il n'y a aucune difficulté, car le législateur a résolu lui-même la question, dans l'article 8 *in fine*, en s'inspirant de l'article 7 de l'Ordonnance de 1673 : « Il (le commerçant) est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit et de copier sur un registre celles qu'il envoie » ; si le législateur rend cette précaution obligatoire c'est pour faciliter la preuve du contrat, puisque dans l'article 109 du Code de commerce la correspondance est rangée au nombre des modes de preuves des contrats commerciaux.

En matière civile, la question a été plus discutée ; le Code est muet sur ce point et l'article 1325 est le siège de cette controverse. Ce texte est ainsi conçu : « Les actes sous-seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. »

Cette difficulté s'était déjà présentée sous l'ancien droit, et plusieurs arrêts admirent la validité des contrats par correspondance ; la doctrine adopta la même théorie et Pothier nous le dit en termes formels : « Dans un contrat de vente, de même que dans les autres contrats, le consentement des parties peut intervenir non-seulement entre présents, mais entre absents, par lettre ou par un entremetteur, *per epistolam aut per nuntium* » (1). Mais, au

(1) POTHIER. *Contrat de vente*, § 32 et *Contrat de louage*, § 47.

milieu du XVIII^e siècle, la jurisprudence changea et décida que toute convention synallagmatique devrait être constatée en autant d'originaux qu'il y aurait de parties intéressées ; chaque original devrait contenir mention de l'accomplissement de cette formalité et, comme sanction, le Parlement de Paris décida que la convention elle-même serait nulle, d'une nullité absolue. Cette jurisprudence s'est maintenue jusqu'au Code, et le dernier arrêt qui ait été rendu en ce sens, est celui du Tribunal d'appel de Poitiers, du 11 ventôse an X (1), dont voici le considérant caractéristique : « Considérant que le contrat de vente contient des obligations respectives et corrélatives du vendeur et de l'acheteur ; qu'il est de l'essence de ce contrat que chacune des parties puisse contraindre l'autre à exécuter ses engagements ; que par cette raison, chacun des contractants doit avoir par devant lui, ou trouver dans un dépôt public, la preuve des engagements respectifs ; que cette preuve ne peut résulter des lettres missives, que l'une ou l'autre partie peut supprimer ».

Qu'a fait le Code civil ? Il a reproduit, dans l'article 1325, la doctrine du Parlement de Paris. Faut-il conclure de là qu'on ne peut contracter par télégramme. Au premier abord on pourrait le croire, car l'article 1985, au titre du mandat, paraît confirmer cette opinion : il déclare, en effet, que le

(1) DALLOZ. *Répertoire* : *verbo* : *Vente*, § 84, en note.

mandat peut être formé « même par lettre », ce qui *a contrario* semble exclure les autres contrats.

Les arguments tirés de ces deux textes, ne nous paraissent pas convaincants, car la portée de l'article 1325 est plus restreinte, et l'article 1985 nous montre que le législateur a visé, une fois au moins, les contrats par correspondance.

Les législateurs de 1804 n'osèrent pas rompre complètement avec la doctrine antérieure mais ils l'atténuèrent grandement en supprimant la nullité de la convention et ils établirent une distinction entre le contrat et l'*instrumentum* : « Les actes sous-seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant, etc », ils décident, non pas que la convention est nulle, mais que seul l'acte qui la renferme est nul. Il ne peut donc en résulter aucun argument contre la validité du contrat par télégramme ; tout au plus pourrait-on y voir une difficulté de preuve.

Quant à l'expression « même par lettre » de l'article 1985 on n'en peut tirer aucun argument contre nous, on peut y voir seulement une allusion à un mode de contracter qui commençait à se développer, le contrat par correspondance.

De ce que nous venons de dire il résulte que le Code civil n'exige pas, pour la formation des contrats, la rédaction d'un écrit, c'est seulement lorsqu'il s'agira d'administrer la preuve de la convention que l'absence ou l'irrégularité de l'acte amènera des difficultés.

Certains auteurs (1) ont prétendu que Toullier avait soutenu que les lettres ne remplissant pas les conditions exigées par l'article 1325 étaient impuissantes à faire naître un contrat. Je crois que l'on peut laver Toullier de cette accusation. Voici comment s'exprime cet auteur (2) : « Nous croyons donc que l'omission d'avoir passé l'acte en double, ou d'avoir référé qu'il a été fait en double, peut être réparée par la notification faite par l'un des contractants à l'autre.

« Cette manière de réparer l'irrégularité d'un acte synallagmatique est d'ailleurs nécessaire pour adoucir une disparate un peu choquante, qu'on a peut-être sans y penser, introduite dans notre législation, en adoptant trop légèrement la doctrine nouvelle de la nécessité des actes doubles, de laquelle il résulte qu'on ne peut plus en France contracter aujourd'hui par lettres avec sûreté, *per epistolam*.

« Cependant, suivant la doctrine des moralistes et des jurisconsultes de tous les temps et de tous les pays, lorsqu'à une proposition faite par une lettre missive, celui à qui elle est adressée a répondu par une autre lettre missive, de manière à ne pas laisser de doute sur son acceptation, le contrat est formé : il est parfait, il oblige les deux parties ». Toullier

(1) AUBERT. *Du contrat par correspondance*, p. 109. DEMO-LOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX § 430, semble faire le même reproche à Toullier.

(2) TOULLIER. *Le Droit civil français*, t. VIII, § 325, p. 485.

donne ensuite comme exemple la vente par lettres du fonds Cornélien, puis il reprend : « Voilà bien un contrat parfait suivant le droit naturel et suivant le droit romain, il l'est également en droit français, puisque l'article 1583 du Code porte que la vente est parfaite entre les parties et que la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès que l'on est convenu de la chose et du prix.

« Mais ces deux lettres si précises, forment-elles une preuve de l'existence du contrat ? Non, suivant le même Code civil, article 1325 ; si vous voulez manquer à votre parole, la loi vous en offre le moyen. Vous pourrez me dire impudemment : je ne suis point légalement engagé parce qu'il n'y a point d'écrit double ; vous pouviez supprimer ma réponse, comme je pouvais supprimer votre lettre ».

Toullier déclare formellement que l'article 1325 ne tranche que la question de preuve : « Le Code ne s'occupe point ici des conditions essentielles pour la validité des conventions, il les a recueillies dans l'article 1108..... ; il n'avait plus à s'occuper dans ce chapitre que de la preuve de ces conventions ».

Ces citations démontrent je crois avec évidence que Toullier n'a pas voulu nier les contrats par correspondance ; il a voulu rechercher qu'elle était la force probante attribuée par le Code civil aux lettres contenant ces conventions. Si le célèbre jurisconsulte s'est trompé, il n'a commis d'erreur que sur ce point et il n'a jamais pensé que le Code

s'opposât à la conclusion de contrats par correspondance (1).

Toullier a donc en résumé décidé que l'on pouvait contracter par correspondance, mais que la production des lettres des parties ne suffisait pas pour faire preuve complète de la convention. Cette doctrine a été soutenue aussi par Duranton (2) qui déclare « qu'entre non commerçants une vente se constaterait difficilement par de simples lettres, qu'il serait au pouvoir de l'une des parties de supprimer ».

Laurent (3) de son côté déclare : « Cette expression (même par lettre) marque que la preuve par lettre est tout à fait exceptionnelle ; elle ne figure pas au chapitre qui traite des preuves, c'est-à-dire que les lettres ne sont pas une preuve légale ».

Si l'on admet que la seule production des télégrammes suffit à prouver le contrat, il en résulte une assez grande sécurité ; sinon les parties ne recourront à ce genre de convention que lorsqu'elles auront une confiance absolue l'une dans l'autre à cause de la difficulté qu'elles auraient à fournir la preuve de leur obligation. Les dépêches échangées entre les parties forment par leur réunion un acte sous-seing privé ; elles contiennent toutes les clauses et conditions du contrat, mais ces télégrammes ne constituent jamais qu'un acte sous-seing privé irrégulier, car ils ne ré-

(1) C'est l'opinion de LAURENT. *Principes de Droit Civil*, t. XIX, § 224 et DARQUER. *Des contrats par correspondance*, p. 120.

(2) DURANTON. *Cours de Droit civil*, t. XVI, § 44.

(3) LAURENT. *Principes de Droit civil*, t. XIX, § 224.

pondent pas aux exigences de l'article 1325, s'ils ne sont pas réputés nuls, ils ne forment qu'une preuve incomplète et vaudront seulement comme commencement de preuve par écrit. Cette conclusion de Toullier est logique et l'on ne peut dire que la réunion des deux télégrammes ne forme un acte régulier ou irrégulier, nous croyons qu'ils sont simplement une forme spéciale de la preuve littérale. Ce qui nous permet de faire cette affirmation c'est que les télégrammes ne sont pas des actes; qu'est-ce qu'un acte? Un acte est un écrit établi après la conclusion d'une convention par les parties d'accord et qui a pour but de prouver la convention. Les télégrammes n'ont pas du tout ces caractères, leur rédaction précède la formation du contrat et leurs auteurs n'ont qu'un but : c'est d'arriver à sa formation. L'article 109 du Code de commerce et l'article 1985 du Code civil, distinguent nettement la correspondance des actes sous-seing privé. L'article 1325 n'est donc pas applicable, c'est du reste l'opinion de Demolombe : « Ce que l'article 1325 suppose, ce n'est pas seulement que les parties ont fait une convention synallagmatique. Il suppose qu'elles ont fait une convention synallagmatique par écrit en la rédigeant dans un acte sous-seing privé » (1).

(1) Même opinion : MERLIN. Répertoire, *Double écrit*, §§ 8 à 11 ; LAROMBIÈRE. *Théorie et Pratique des Obligations*, t. IV sur l'article 1325, § 44 ; MARCADÉ. *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. V sur l'article 1325, § 4 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. XIII, § 230-1.

Comme l'article 1325 ne vise pas les lettres missives, nous retombons sous l'empire du droit commun et les télégrammes peuvent faire preuve complète ou servir de commencement de preuves par écrit (1).

Depuis Toullier, l'article 1325 n'a pas été mis en jeu et l'on a eu recours à d'autres arguments. Laurent (2) invoque en faveur de son système le texte de l'article 1985, puis le silence du législateur sur la preuve des contrats par correspondance et le début de l'article 1341 : « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs ».

De l'expression « même par lettre » de l'article 1985, Laurent conclut que la production de la correspondance est un mode de preuve spécial au mandat et qu'on ne peut l'étendre à d'autres conventions. A cela nous répondons que l'article 1985 s'explique historiquement, car, lors de la rédaction du Code, le mandat était un des rares contrats qui se formaient par correspondance.

Laurent fortifie son opinion en constatant que le Code au titre de la preuve ne parle pas de la correspondance, qu'il la mentionne dans l'article 109 du Code de commerce, il en tire cette conséquence que la correspondance fait preuve en droit commer-

(1) DARQUER. *Des contrats par correspondance*, p. 122 ; VALÉRY. *Des contrats par correspondance*, § 279 ; LAROMBIÈRE. *Théorie et pratique des obligations*, t. IV sur l'article 1325, § 44.

(2) LAURENT. *Principes de Droit civil*, t. XIX, § 224.

cial et non en droit civil. Cette argumentation n'est pas décisive, le législateur, en effet, ne parle pas de la correspondance au titre des preuves ; mais en traitant de la preuve littérale il ne donne point une énumération limitative des diverses preuves possibles et il n'exclut pas la correspondance. Le même auteur tire encore argument de l'article 1341, il déclare que ce texte montre jusqu'à l'évidence qu'il n'y a pas d'autre preuve littérale que celle des actes. Ce dernier argument paraît plus sérieux, mais on peut le réfuter en remontant à l'origine de l'article 1341.

L'ordonnance de Moulins de 1566, posa en principe, dans son article 54 que celui qui a pu se procurer une preuve littérale n'est pas admis à faire la preuve par témoins au-dessus de 100 livres. L'ordonnance de 1667 a laissé subsister cette décision et a amené ainsi la rédaction de l'article 1341 du Code civil ; il résulte de là simplement que l'article 1341 refuse la preuve testimoniale quand la somme excède 150 francs. La place du texte dans le Code a confirmé cette solution. Enfin avec l'opinion de Laurent on met l'article 1341 en contradiction avec les articles 1329 et suivants qui acceptent comme modes de preuves dans certains cas les registres et papiers domestiques, les livres des marchands, etc.

Cette solution était d'ailleurs celle du droit romain et de l'ancien droit et le silence du Code confirme cette théorie.

A ces considérations de droit viennent s'ajouter

des considérations de fait. Si, dans la pratique, la correspondance ne faisait jamais preuve complète des contrats, il en résulterait des difficultés inextricables étant donné le grand nombre des contrats par correspondance, et l'intérêt du commerce et de l'industrie ne nous paraîtrait pas suffisant pour justifier la différence de mesure indiquée au Code civil et au Code de commerce.

En somme nous arrivons à cette conclusion qu'il est possible de prouver les contrats formés par télégramme.

Maintenant il faut nous demander, avant de terminer ce chapitre, quels contrats peuvent être formés par télégramme.

En principe toutes conventions peuvent être faites par dépêche ; cependant il y a des exceptions. Il est évident que l'on ne peut faire une donation, un contrat de mariage, un testament, une constitution d'hypothèque. Sur la constitution d'hypothèque il y a une petite controverse. Aux termes de l'article 2127 il est certain que l'hypothèque doit être faite par acte authentique passé devant notaire, mais on se demande si une promesse d'hypothèque conclue par télégramme est valable. La Cour de Pau (1) dans son arrêt du 16 juillet 1852 a déclaré que la promesse était formée, qu'une obligation était née entre le créancier et le débiteur, que cette obligation n'était contraire, ni aux lois ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public et elle a condamné le

(1) Pau, 16 juillet 1852 (D. 54-2-205).

débiteur à réaliser la promesse d'hypothèque. Il est vrai que cette promesse était consentie par lettre, mais la solution eût été la même si la promesse avait été formée télégraphiquement. Du reste pour prouver la vérité de cette solution, on peut soutenir que toute convention, sous quelque forme qu'elle se présente, contient toujours une promesse d'hypothèque judiciaire, puisqu'à défaut d'exécution volontaire, le créancier peut obtenir un jugement qui entraîne hypothèque générale sur tous les biens du débiteur.

Une autre question se présente : peut-on donner valablement un mandat par télégramme ? La question a été discutée et tranchée par un arrêt d'Alger, du 7 avril 1884 : (1) « Attendu, en droit, que par le mot lettre, dont se sert l'article 1985 du Code civil, on doit entendre tout écrit quelconque adressé à un tiers ;

« Que le mode de transmission de cet écrit importe peu, et que le télégraphe ne fait que transmettre plus rapidement à destination que la poste, l'écrit de l'expéditeur, quand toutefois, l'authenticité du télégramme n'est pas contestée ».

Le mandat étant valable, peut-on constituer une hypothèque de cette manière ? La controverse naît du rapprochement des articles 1985 et 2127.

L'article 1985 permet de constituer un mandat même par lettre ; l'article 2127 déclare qu'un acte notarié est nécessaire pour constituer une hypo-

(1) Alger, 7 juin 1884 (S. 86-2-92 et D. 85-2-189).

thèque. Laquelle de ces deux règles doit l'emporter sur l'autre ?

La Cour de Cassation a déclaré, dans un arrêt du 27 mai 1819 (1), que le mandat à l'effet de constituer hypothèque pouvait être donné par correspondance ; cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 7 juillet 1827 (2), et un bon nombre d'auteurs adoptèrent cette manière de voir. Il y a lieu de distinguer entre le mandat et la constitution d'hypothèques qui sont deux choses tout à fait distinctes, et puisqu'il n'y a pas de texte formel fixant le mode de constitution du mandat d'une manière spéciale, on doit décider qu'il peut être fait par tous moyens.

Cette doctrine fut vivement combattue par Merlin, qui déclara que la forme du mandat est nécessairement subordonnée à la forme essentielle de l'acte qu'il a pour objet. Cette théorie recueillit peu à peu des adhérents et elle finit par amener la modification de la jurisprudence de la Cour de Cassation qui, dans un arrêt du 12 novembre 1835, décida que l'article 2127 renferme une disposition précise, générale, exclusive de toute distinction, et qu'elle exige que l'expression entière du consentement à l'hypothèque conventionnelle soit constatée au moyen des conditions d'authenticité qui sont déterminées (3) ; cette solution est maintenant

(1) Cass , 27 mai 1819 (S. chr., pp. 78 et 79).

(2) Cass., 5 juillet 1827 (S. ch., pp. 631 et 632).

(3) Cass., 12 novembre 1855 (S. 56-1-254 et D. 55-1-433).

admise par tout le monde et les arrêts l'affirment sans la discuter.

Le télégramme peut servir à conclure des transactions, à donner caution, à consentir des baux ; il peut même servir à donner congé ; il suffit que le bailleur s'assure que la dépêche, par laquelle il donne congé, parvient au locataire. Un télégramme avec réponse payée le mettra à l'abri de toute surprise (1). De même, un télégramme peut servir de mise en demeure, mais il faudra que les termes en soient suffisamment précis pour ne laisser aucun doute.

L'aval, par acte séparé d'une lettre de change, peut être donné par un tiers, aux termes de l'article 142 du Code de commerce, il n'y a pas de raison pour qu'il ne puisse pas être consenti par télégramme. Si théoriquement on peut admettre cette solution, il faut reconnaître que, pratiquement, elle peut amener des difficultés de toutes sortes, le porteur d'aval n'ayant aux mains qu'un télégramme ne reproduisant ni l'écriture, ni la signature vraie des donneurs d'aval.

Une autre question plus vivement débattue est celle de savoir si l'acceptation d'une lettre de change peut être donnée par correspondance. L'acceptation donnée par le tiré fait naître une obligation, mais

(1) Le Tribunal de la Seine, le 25 mars 1886 (D. 86-3-72), a statué sur un cas analogue ; le congé, au lieu d'avoir été donné par télégramme, avait été donné par lettre, et le Tribunal admit la validité de ce congé.

quelle est la nature de cette obligation ; est-elle civile ou commerciale ? Autrement dit, cette acceptation produit-elle les mêmes effets que l'acceptation apposée sur la lettre de change elle-même et le tiré est-il obligé, en vertu de la lettre de change. La question s'est posée devant la Cour de Cassation, et cette juridiction a déclaré, dans un arrêt du 16 avril 1823 (1), que l'acceptation par correspondance n'entraînait pas les effets de l'acceptation sur la lettre de change. La Cour donne comme arguments que l'article 122 du Code de Commerce veut implicitement que l'acceptation soit écrite et signée sur la lettre de change, que l'endossement fait par acte séparé serait irrégulier ; qu'enfin, l'obligation qui pourrait résulter de cette correspondance entre le tireur et le tiré ne serait pas une obligation commerciale.

Cette solution fut vivement critiquée par Merlin (2). « Aucune loi, dit-il, n'exige que les acceptations soient écrites au bas des lettres de change, et dans le silence absolu des lois sur cette matière on ne peut que s'en référer aux principes généraux qui pour la formation du lieu d'un contrat n'exigent aucune espèce de forme et n'ont égard qu'au simple consentement de la partie que le contrat a pour objet de lier. De là une conséquence aussi simple qu'évidente ; c'est qu'on peut accepter une traite

(1) Cass., 16 avril 1823 (S. Chr., p. 207).

(2) MERLIN. *Répertoire* ; *verbo*. *Lettre de Change*, § 4, n^o 10.

par une lettre missive, tout aussi bien que par le mot accepté écrit au bas de la traite même ».

Cette solution proposée par Merlin est fortifiée par d'autres considérations. On dit d'abord que cette théorie était celle de l'ancien droit et l'article 2 du titre 5 de l'Ordonnance de 1673 déclarait que l'acceptation qui antérieurement pouvait être simplement verbale serait désormais faite par écrit ; mais elle n'exigeait nullement l'acceptation sur la lettre de change.

Le Code de commerce a-t-il changé quelque chose à cette situation ? Merlin, qui, au Conseil d'Etat, prit part aux travaux préparatoires, déclare que les rédacteurs de ce code n'ont pas voulu rompre avec cette tradition.

Enfin on ajoute que l'article 122 ne dit nulle part où doit être placée la signature qui constitue l'acceptation. Pourquoi dès lors ne pourrait-elle avoir lieu par correspondance ? L'article 125 suppose que la signature est sur la lettre de change, mais il ne l'exige pas et si elle est le plus souvent sur l'effet ce n'en est pas une condition indispensable. La Cour de Cassation, appelée à statuer sur cette question, a maintenu avec quelque hésitation sa jurisprudence (1) : « Attendu qu'il résulte des articles 122 et 125 du Code de commerce que l'acceptation d'une lettre de change doit être signée et qu'elle est exprimée sur le titre même par le mot accepté ;

(1) Cass. 4 juillet 1843 (S. 43-1-570).

« Attendu que si ce mode d'acceptation, prescrit dans l'intérêt du commerce et du contrat de change pour éviter toutes difficultés entre le tiré et les tiers porteurs, et les retards qui en seraient la conséquence, n'exclut pas absolument toute autre manière de s'obliger au paiement des lettres de change à présentation ou à échéance; il faut alors que l'acte écrit dans lequel on puise cette obligation soit formel et contienne un engagement exprès et sans condition ».

La Cour suprême a confirmé cette jurisprudence par un arrêt du 19 novembre 1889 (1).

Mais une solution intermédiaire, adoptée par les Cours d'appel, me paraît préférable. Elle décide que l'acceptation par acte séparé, tout en obligeant le tiré vis-à-vis de celui à qui elle a été donnée, ne peut cependant pas être assimilée à l'acceptation donnée sur la lettre de change, elle n'oblige pas le tiré en vertu du droit de change et envers les porteurs successifs de l'effet. Cette solution s'appuie sur l'article 122, qui en exigeant que la signature du tiré soit précédée du mot accepté, suppose implicitement que l'acceptation ne peut être donnée que sur la lettre de change et doit faire corps avec elle. L'article 174 Code de commerce confirme la même solution, lorsqu'il porte que le protêt faute de paiement doit contenir la transcrip-

(1) Cass. 19 novembre 1889 (S. 90²1-204).

tion littéraire de la lettre de change, de l'acceptation et des endossements.

Si l'acceptation par lettre missive, doit être considérée comme n'obligeant le tiré que vis-à-vis de celui à qui elle est donnée, il doit en être à plus forte raison ainsi de l'acceptation par télégramme qui n'offre pas les mêmes garanties que les lettres émanant du tiré lui-même.

CHAPITRE II

Nature juridique du Contrat par télégramme

Le contrat par télégramme est une des formes du contrat entre absents, c'est-à-dire entre personnes juridiquement éloignées l'une de l'autre.

Le mot absent n'est pas pris dans son sens juridique et il désigne une personne sur l'existence de laquelle ne plane aucun doute, mais qui se trouve actuellement éloignée de l'endroit où sa présence est réclamée; c'est, pour employer le langage juridique, un non présent.

L'éloignement juridique qu'exige le contrat entre absents ne nécessite pas une distance considérable entre les parties contractantes; ainsi deux personnes de la même ville peuvent contracter entre absents et deux personnes très éloignées peuvent être réputées présentes lors de la passation d'un contrat lorsque l'une y figure par mandataire.

Pour que le contrat par télégramme puisse se former, il faut que les parties contractantes soient en fait éloignées l'une de l'autre ne pouvant ni se voir, ni s'entendre et qu'en droit l'une d'elle ne se fasse pas représenter près de l'autre.

Ici surgit une question : Est-il nécessaire que les parties contractantes soient juridiquement éloignées l'une de l'autre pendant tout le contrat ?

L'article 1101 du Code civil déclare que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » ; cet accord résulte de l'union de deux actes distincts : l'offre et l'acceptation de cette offre. Est-il nécessaire que tous les préliminaires du contrat se passent à distance pour qu'on ait un contrat entre absents. Non, les parties peuvent discuter ensemble les bases du contrat, l'acheteur peut venir voir l'objet de la vente, en débattre le prix et conclure ensuite à distance ; le contrat sera un contrat entre absents.

Pour qu'un contrat soit formé entre absents, il faut et il suffit que les parties contractantes soient éloignées l'une de l'autre au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation ; il faut alors qu'un intermédiaire intervienne et transmette de l'une à l'autre la volonté des parties.

Le contrat par télégramme peut donc se définir : « Le contrat conclu directement entre personnes non présentes par l'intermédiaire d'agents de communication uniquement destinés à transmettre les volontés des parties, avec la plus grande fidélité possible (1) ».

(1) VALERY. *Des contrats par correspondance*, Introduction, § 1, p. 4.

CHAPITRE III

Formation du Contrat par Télégramme

Le contrat par télégramme n'est qu'une modalité du contrat en général, modalité qui vient de la façon particulière dont s'exprime la volonté des parties.

La condition primordiale et nécessaire pour qu'il y ait contrat, c'est le consentement article 1188 Code civil. Le consentement, c'est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur une même chose ; il suppose l'existence de deux volontés manifestées et en plus le concours de ces deux volontés. Comment se produit cette double opération dans le contrat conclu par télégramme ?

Pour que l'obligation prenne naissance, il faut que l'offre et l'acceptation coïncident et que l'acceptation soit pure et simple, car celui qui accepte, avec des restrictions, refuse en réalité la première offre en proposant à son tour une nouvelle convention.

Dès que le contrat est formé, les parties ne peuvent plus s'en dégager, c'était déjà l'opinion romaine et nous en trouvons la preuve au Code, titre X, loi 5 : « *renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest* ».

La signature est-elle nécessaire pour que le contrat puisse se former ? On pourrait discuter la question au point de vue juridique, mais dans la pratique les télégrammes contenant des offres ou des acceptations de marchandises sont toujours signés.

Avant d'étudier l'offre et l'acceptation, il faut examiner des cas où le contrat peut se former autrement, au cas où une personne constitue un mandataire et où celui-ci devient acquéreur de la chose qu'il est chargé de vendre ; c'est ce que l'on appelle le contrat avec soi-même. Ce contrat ne peut se rencontrer qu'au cas de représentation ; mais il y a deux sortes de représentation : directe ou indirecte.

La représentation directe est caractérisée par ce fait que l'acte accompli par le représentant au nom du représenté et pour son compte, produit immédiatement ses effets dans le patrimoine de ce dernier, comme s'il avait lui-même contracté ; c'est le cas du mandataire.

La représentation indirecte est caractérisée par ce fait que le représentant conclut l'acte non plus au nom du représenté, mais en son nom propre comme si en réalité, il agissait pour son propre compte, c'est le cas du concessionnaire.

Quelles sont les conditions de ce contrat ?

Il faut d'abord qu'il y ait représentation ; il importe peu qu'elle soit directe ou indirecte. Il faut en outre que le contrat n'engendre pas de conflits d'intérêts : ainsi un contrat de vente entre un tuteur et son pupille, ne pourra pas avoir lieu, car il y aurait conflit d'intérêt en la personne du tuteur. *

Quelles sont les limites de ce contrat ?

La conclusion de ce contrat est admise toutes les fois que l'acte même est contrôlable et qu'est reconnaissable l'acte obligatoire par la volonté de celui qui contracte avec soi-même, ou que le contrat correspond clairement, au moment de sa conclusion, à l'intérêt du représenté ou des deux représentants.

Dans quels cas cette convention peut-elle être formée ?

Dans la transmission de la propriété et autres droits réels du représentant ou représenté et dans les obligations abstraites du représentant au regard du représenté, pourvu que le contrat se tienne dans les limites que nous avons indiquées.

Quels sont les effets de ces contrats ?

Un fait est certain, c'est la transformation d'un contrat en un autre ; il s'opère une sorte de novation et les obligations des parties contractantes qui primitivement se référaient à l'idée de mandat ou de commission forment dorénavant un nouveau contrat que le représentant a substitué par sa volonté propre à l'ancien.

Mais il ne faut pas exagérer cette idée, et il

serait inexact de dire que le contrat primitif s'éteigne complètement, car il en reste quelque chose, le droit de commission ou de mandat subsiste alors qu'il devrait disparaître, si la naissance du contrat nouveau anéantissait entièrement le premier.

Quels sont donc les résultats auxquels arrive cette théorie ?

Ils sont identiques à ceux que l'on obtient dans la théorie ordinaire qui ne voit pas une seule personne ayant deux patrimoines et faisant des contrats entre ces patrimoines ; mais deux personnes suivant les règles ordinaires pour contracter (1).

Ce système n'a de plus, aucun avantage au point de vue pratique, puisqu'il arrive au même résultat que la théorie ordinaire, au point de vue théorique il ne fait que compliquer les notions juridiques, sans expliquer d'une manière plus complète et plus exacte les actes qui interviennent. Nous nous en tiendrons donc au système ordinaire et nous allons examiner successivement les deux éléments nécessaires pour arriver à la formation du contrat : l'offre et l'acceptation.

L'OFFRE

Qu'est-ce que l'offre ? On peut la définir : l'offre qu'on appelle aussi sollicitation ou proposition, est la volonté qui se manifeste la première ; elle est l'œuvre de la partie qui prend l'initiative du con-

(1) Voir GOUGET. *Théorie générale du contrat avec soi-même.*

trat et elle peut émaner soit du futur créancier, soit du futur débiteur. Elle doit être non équivoque et énoncer toutes les conditions du marché proposé.

Les principes que nous venons de rappeler sont certains ; ils sont du reste universellement admis ; mais l'offre fait naître d'autres difficultés.

M. Darquer (1) pose en principe que l'offre est toujours faite par écrit, mais il ne motive pas cette affirmation qui paraît erronée. Il suffira en effet, pour la réfuter, de prendre un exemple : un courtier passe chez les commerçants d'une ville leur faisant connaître le prix de ses articles. Après hésitation, un commerçant lui télégraphie de lui envoyer telles marchandises au prix indiqué par le courtier. Il y a contrat entre absents et l'offre n'a pas été faite par écrit.

Quelle que soit la rapidité des communications, il s'écoule un certain temps entre l'instant de l'offre et celui de l'acceptation, et pendant cet espace de temps l'offre peut être retirée dans plusieurs cas.

L'offrant meurt avant le moment où le contrat est parfait, sa mort entraîne-t-elle l'annulation de l'offre ? Delvincourt (2) a répondu négativement : « *Quid* si dans la vente par correspondance l'une des deux parties vient à mourir avant l'acceptation ? Les offres peuvent-elles encore être acceptées ? Il semble que dans la vente, qui n'est pas un acte solennel, le droit et l'obligation des héritiers doi-

(1) DARQUER. *Des contrats par correspondance*, p. 155.

(2) DELVINCOURT. *Cours de Code civil*, t. III, p. 134.

vent être les mêmes que le droit et l'obligation du défunt et que par conséquent les offres peuvent être acceptées comme si le décès n'avait pas eu lieu » ; on cite, en outre, en faveur de ce système, un arrêt de la Cour de Caen du 27 avril 1812 (1).

Cette théorie est unanimement rejetée et l'erreur de Delvincourt repose sur une fausse conception de l'offre. La pollicitation présente un caractère de continuité et celui qui offre ne manifeste pas seulement sa volonté au moment où il fait sa proposition, mais il la maintient et la prolonge ; mais la mort arrivant anéantit la volonté et l'offre disparaît.

On objecte que les héritiers succèdent aux droits et obligations de leur auteur, cela est exact, mais l'offre est l'expression d'une volonté unique et ne peut par elle seule engendrer une obligation. La mort de l'offrant entraîne donc *ipso jure* la proposition qu'il avait faite. Si les héritiers font une offre nouvelle, elle pourra être acceptée, mais elle vient d'une volonté différente de la première. Si aucune pollicitation nouvelle n'a pas été faite et que l'acceptation se produise, les héritiers de l'offrant pourront-ils accepter ou refuser (2).

(1) Caen 27 avril 1812 (S. Chr., p. 99).

(2) Tous les auteurs sont d'accord sur ce point, voir en ce sens : POTHIER. *Vente*, § 32 ; MERLIN. *Répertoire*, § 1, article 3, n° 11 ; LAURENT. *Principes de droit civil*, t. XV, § 478 ; DURANTON. *Cours de droit français*, t. XVI, § 45 ; AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, 4^{me} édition, t. IV, § 343, texte et note 15 ; GUIL-

L'offre est faite et c'est le destinataire de l'offre qui meurt, ses héritiers peuvent-ils accepter en son lieu et place. Duranton (1) admet l'affirmative : « Nous pensons que les héritiers de celui à qui les offres ont été faites et qui surpris par la mort n'a pas eu le temps de les accepter, pourraient les accepter eux-mêmes, à la différence d'une donation qui est *intuitu personnae* ». Les droits et les obligations du défunt passent à ses héritiers, c'est le seul argument que l'on avance. Cet argument est exact en lui-même, mais la conséquence qu'on en tire est erronée et je conteste que l'offre non encore agréée, constitue un droit et entre ainsi dans le patrimoine du futur acceptant. On ne peut pas dire ici que l'héritier succède aux conventions formées par le défunt, car il n'y en a pas eu. Cette solution peut être fortifiée par cette considération que l'offre a un caractère personnel. L'offre en effet est relative, car elle n'existe que par rapport à son destinataire et ce destinataire seul peut l'accepter ; du reste cette théorie est maintenant admise par tout le monde (2).

A la mort, il faut assimiler le cas de perte de la capacité juridique provenant d'une cause quelconque.

LOUARD. *Vente*, t. I, § 14 ; BAUDRY-LACANTINERIE. *Vente*, § 28 ; VALÉRY. *Des contrats par correspondance*, § 204. Cette solution a été admise en jurisprudence. Cass. 20 juillet 1846. (S. 46-1-875 et D. 46-1-335).

(1) DURANTON. *Cours de droit français*, t. XVI, § 45.

(2) Voir les auteurs ci-dessus et Cass. 16 avril 1874 (S. 74-1-432).

Un seul cas présente quelque intérêt, c'est celui de la faillite ou de la liquidation judiciaire éclatant après l'offre. MM. Lyon-Caen et Renault résolvent ainsi cette question : « Sans doute le failli ou le débiteur mis en liquidation judiciaire, n'est pas incapable de contracter ; mais il ne peut pas du moins faire des contrats opposables à la masse, cela doit suffire pour qu'on assimile la faillite ou la liquidation judiciaire à l'incapacité au point de vue des effets produits sur l'offre. Le syndic pourra sans doute maintenir l'offre du failli, mais alors si le contrat se formait, la masse représentée par le syndic serait elle-même partie contractante, elle serait créancière ou débitrice de celui avec qui elle conclurait le contrat. En cas de liquidation judiciaire, l'offre pourrait être maintenue par le débiteur dûment autorisé » (1).

L'offre peut disparaître d'une autre façon, par révocation. Pendant l'intervalle qui sépare l'offre de l'acceptation, le pollicitant peut changer d'avis ; il peut regretter les propositions trop avantageuses qu'il a faites ; ou un événement imprévu est venu modifier ses dispositions ; il révoque son offre prévoyant que le marché proposé le mettrait en perte. De là trois questions à étudier.

La rétractation des offres ne donne-t-elle pas

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*, t. III, § 15 bis. On admet généralement cette solution. DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, § 63 ; DARQUER *Des contrats par correspondance*, p. 140 ; VALÉRY. *Contrats par correspondance*, § 212.

lieu à une indemnité pour celui à qui l'offre a été faite.

Jusqu'à quand cette rétractation est-elle possible en l'absence de toute clause spéciale.

Comment elle est rendue impossible par l'obligation légale ou conventionnelle de maintenir l'offre.

La rétractation des offres ne donne-t-elle pas lieu à une indemnité pour celui à qui la sollicitation a été faite. Il est toujours possible de révoquer une offre à un instant quelconque et jusqu'à la formation du contrat il peut en résulter un préjudice pour le futur acceptant ; celui-ci doit être indemnisé ?

L'éminent jurisconsulte belge, Laurent, soutient la négative : « Celui qui contracte une offre fait ce qu'il a le droit de faire, or celui qui use d'un droit ne fait de tort à personne, en ce sens qu'il ne doit pas réparer le dommage qui résulte de l'exercice de son droit. Vainement dira-t-on qu'il a causé cette perte par son fait, il faut plus que le fait du dommage, il faut une faute pour qu'il y ait lieu à des dommages-intérêts » (1).

La doctrine de Laurent est restée isolée et on admet ordinairement que le futur acceptant a droit à une indemnité, mais les difficultés renaissent quand on veut donner une base à ce droit.

Pour Pothier : « L'obligation qui résulte de cette règle d'équité est renfermée dans l'adage : *Nemo ex alterius facto praegravari debet* » (2). La solu-

(1) LAURENT, *Principes du Droit civil français*, t. XV, § 481.

(2) POTHIER, *Vente*, § 32, *in fine*.

tion de Pothier est assez obscure, on ne sait pas trop s'il y avait un délit civil ou bien une simple indemnité du préjudice causé.

De nombreux auteurs et parmi eux les jurisconsultes allemands justifient le droit à l'indemnité en considérant la rétractation inopportune comme une faute contractuelle. Cela est inadmissible car puisqu'il n'y a pas encore de contrat il ne peut y avoir une faute de ce genre.

Dans cette rétractation faut-il voir une faute délictuelle ? Non, car on ne peut donner le caractère de quasi délit à des actes qui sont l'exercice d'un droit. Aussi faut-il chercher d'autres bases pour appuyer cette indemnité.

D'après Scheurl et Serafini (1), toute proposition faite par correspondance contiendrait un mandat donné au destinataire du télégramme, mandat qui aurait pour objet l'accomplissement des divers actes qu'il doit entraîner.

Le retrait de l'offre aurait pour conséquence de donner ouverture à l'action *mandati contraria*. Cette théorie est trop subtile et l'on ne peut trouver l'existence de deux mandats dans toutes les hypothèses.

D'après certains auteurs on a admis dans le monde des affaires ce droit à une indemnité

(1) SCHEURL, *Vertragabschluss unter Abwesenden* (*Jahrbücher für die Dogmatik*), 1858, p. 255 et SERAFINI, *Della conclusione dei contratti fra assenti* (*Scritti Germanici dissertatio*), 1862, Dissertatio 1, Chap. III, § 2.

comme un moyen propre à faciliter les transactions et à développer le contrat par correspondance (1) mais ce droit à une indemnité repose-t-il sur une base juridique.

Pour nous, nous adopterons la solution de Demolombe (2) qui déclare que le droit à l'indemnité vient du préjudice causé par le fait du pollicitant et que celui-ci, bien qu'il n'ait commis aucune faute, en sera responsable parce que c'est son fait qui a engendré le préjudice ; c'est l'application de la règle que nous avons trouvée dans Pothier : « *Nemo ex alterius facto praegravari debet* », et celle de l'article 1382 du Code civil.

Après la question que nous venons de résoudre, surgit une autre difficulté, c'est de savoir jusqu'à quel moment la rétractation de l'offre est possible en dehors de toute clause spéciale.

Il est certain que l'offre peut être révoquée et cela est admis sans conteste, tant que le destinataire n'a pas reçu la proposition. Ainsi l'offrant a envoyé un télégramme à un négociant d'une autre ville, puis, presque aussitôt il regrette la pollicitation par lui faite ; il téléphone à ce négociant, et s'il arrive à avoir la communication et à retirer son offre avant que la dépêche ne soit arrivée ; l'offre sera non avenue.

(1) VALÉRY. *Des contrats par correspondance*, § 187.

(2) DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, § 71. Voir dans le même sens DOLBEAU, *Des contrats par correspondance*, p. 206.

Mais que décider si le négociant reçoit en même temps la dépêche et la communication téléphonique, on décide en général que l'offre est non avenue; cela a été jugé dans une espèce semblable par la Cour de Bordeaux, le 15 juin 1853 (1). Elle a décidé que l'offre est non avenue, quand les deux lettres qui contenaient l'une l'offre, l'autre la rétractation de l'offre, sont arrivées en même temps.

Supposons maintenant que l'offre a été faite; un très long temps s'est écoulé, trois ou quatre mois avant que le négociant auquel la pollicitation a été faite réponde. La proposition était-elle encore maintenue? Il faut pour trancher cette question, se reporter aux circonstances et aux usages. Ainsi un arrêt de la Cour de Paris, du 12 juin 1869 (2) a décidé que l'offre était révoquée par l'expiration du temps nécessaire pour faire parvenir l'acceptation.

La révocation de l'offre est impossible par suite de l'obligation légale ou conventionnelle, conclue pour maintenir l'offre pendant un certain délai.

Le délai pendant lequel l'offre était maintenue est expiré, le proposant n'a pas reçu de réponse, il doit penser que la pollicitation n'est pas acceptée, il peut dès lors s'adresser à un tiers, il n'est plus lié par sa première offre. Si l'acceptation arrive tardivement, le contrat ne se forme pas, car lorsqu'elle a eu lieu, il n'y avait plus d'offres (3).

(1) Bordeaux, 15 juin 1853 (D. 55-2-322).

(2) Paris, 12 juin 1869 (D. 70-2-6).

(3) Bruxelles, 25 février 1867 (D. 67-2-193).

Il résulte de tout ce qui précède, qu'une personne qui fait une offre doit la maintenir pendant un certain temps, de façon à ce que la réponse puisse lui parvenir. C'est ce que décident certaines lois étrangères comme celles de l'État de New-York et de la Louisiane. S'il n'y a pas de loi, et c'est ce qui a lieu en France, le pollicitant peut s'engager à maintenir son offre pendant un délai déterminé.

Le proposant a fait des offres avec un délai pour accepter, puis pendant ce temps, il meurt, son offre subsiste, mais qu'en résulte-t-il si c'est le destinataire qui décède. La question est plus délicate, M. Darquer (1) déclare : « Les héritiers peuvent invoquer les articles 724 et 1122 du Code civil : on est censé stipuler pour ses héritiers, comme pour soi ; les droits et obligations du défunt se transmettent à ses successeurs. Le contrat principal, il est vrai, n'est pas encore formé. Aussi ne sont-ce pas les droits nés du contrat principal, qui passent aux héritiers, mais bien le droit d'accepter né de la proposition ».

En regard de cette théorie, M. Valery (2) enseigne que « la promesse de laisser subsister la proposition constitue moins la création d'un droit particulier au profit du destinataire de la lettre d'offre, qu'une restriction au droit de révoquer la proposition. Du reste, en admettant même qu'elle est un droit pour l'acceptant, la question se pose de savoir

(1) DARQUER, *Les Contrats par correspondance*, pp. 152 et 153.

(2) VALERY, *Des Contrats par correspondance*, § 209.

si ce droit est transmissible et si l'offrant n'a pas voulu uniquement s'engager envers la personne à laquelle il s'est adressé. Or, l'offre est personnelle, en principe, à moins d'une clause contraire de la proposition et ne peut être acceptée que par celui à qui elle a été faite. » Cette solution me paraît juste, mais peut cependant être critiquée. Si les héritiers du destinataire veulent accepter, on peut leur répondre : ce n'est pas à vous que j'ai fait les offres, et vous n'existez pas à mon égard. Mais ils peuvent objecter que la convention entre l'offrant et l'acceptant, maintenant décédé, a fait naître à son profit un droit qui est passé à ses héritiers, et ce droit est celui d'accepter l'offre jusqu'à l'expiration du délai imparti. Cela est inexact, car la possibilité d'accepter n'est pas un droit, mais une simple faculté donnée au destinataire, mais non à ses héritiers, inconnus du proposant.

Lorsque le pollicitant, en faisant sa proposition, a fixé un délai à l'expiration duquel la révocation de l'offre devient possible, il faut que l'acceptation arrive, avant l'expiration du délai, au destinataire. Or, il peut se faire que le télégramme, mis en temps utile pour arriver dans les délais impartis, parvienne trop tard par suite d'un accident ou d'une erreur, imputable à l'administration des télégraphes.

En Angleterre (1), il a été jugé, en 1818, que le

(1) CAREY. Des recueils d'arrêts en Angleterre et en particulier de la question de savoir à quel moment est formé une convention par correspondance. (*Revue Félix*, t. I, p. 790).

contrat était, malgré tout, formé; cependant le proposant, ne recevant pas d'acceptation, pouvait se croire libéré de son engagement et on ne peut lui en imposer l'exécution, car il n'a commis aucune faute, sa responsabilité n'est pas engagée et rien ne peut le contraindre à exécuter le contrat, puisque le temps pour lequel il était lié est expiré. L'hypothèse que nous examinons s'est présentée devant la Cour de Lyon (1) qui, dans un arrêt du 27 juin 1867, a décidé que le contrat ne s'était pas formé parce que l'acceptation avait été tardive, bien que ce retard vint de l'administration des Postes. Ce n'est pas le moment d'étudier ici cette question, nous la retrouverons en examinant les erreurs de transmission télégraphique.

L'ACCEPTATION

Si l'offre rend le contrat possible, c'est l'acceptation qui le forme en venant se joindre à cette offre. L'acceptation est donc la seconde phase de la convention, c'est la seconde volonté qui se manifeste et qui, par son concours avec la première, engendre le *vinculum juris*.

L'acceptation, pour être valable, doit être sérieuse, connue du pollicitant, concordante avec la proposition. Il n'y a aucune difficulté et il est évident que l'acceptation doit avoir les caractères énoncés.

(1) Lyon, 27 juin 1867 (D. 67-2-194).

Un seul point a besoin d'être précisé ; en quoi doit consister l'accord des deux manifestations de volonté ? Il faut qu'il y ait conformité quant à la nature du contrat, aux personnes, aux conditions et à l'objet du contrat, car sans cela les parties n'auraient jamais été d'accord et le contrat n'aurait pu se former.

Il peut arriver qu'il y ait désaccord entre l'offre et l'acceptation ; ce désaccord peut venir d'un fait intentionnel, d'une erreur matérielle ou bien être fortuit. Voici comment il peut se produire :

Jean, de Caen télégraphie à Pierre, de Lisieux pour lui offrir 100 hectolitres de pommes à dix francs l'hectolitre. Presqu'au même instant Jean reçoit une dépêche de Pierre, de Lisieux lui demandant s'il a 100 hectolitres de pommes à vendre à dix francs l'hectolitre. La convention est-elle formée ?

Non, dit Larombière (1) : « On peut dire que de chaque côté l'un manifeste l'intention de vendre et l'autre d'acheter, qu'il y a accord de sentiments, que chaque proposition est vis-à-vis l'une de l'autre l'équivalent d'une acceptation formelle qu'ainsi une convention est faite, par laquelle la maison est vendue pour le prix qu'en voulait le propriétaire qu'il soit égal ou inférieur à celui offert. Nous croyons cependant que ces deux propositions ne peuvent former une vente. Il leur manque en effet

(1) LAROMBIÈRE. *Théorie et Pratique des obligations*, t. I, article 1101, § 22.

ce qu'il faut pour une convention, la corrélation, l'accord, le concours des intentions. Sans doute elles sont la manifestation de deux pensées qui peuvent s'entendre ; mais comme elles sont solidaires et indépendantes, qu'elles ne sont pas mises dans des rapports de demande et de réponse, d'offre et d'acceptation, il n'y a pas *consensus in idem placitum*, il n'y a pas ce rendez-vous précisément donné et accepté ; il n'y a pas de convention ».

Cette théorie doit être écartée car on ne peut nier la simultanéité du concours des volontés et par suite de l'existence du contrat.

On objecte que c'est le hasard qui a amené les deux volontés à se rencontrer ; cela n'est pas absolument exact, car les deux parties ont eu, à des instants très rapprochés l'un de l'autre, l'intention de contracter ensemble et elles étaient d'accord dans leurs propositions réciproques sur la chose et sur le prix ; il y avait donc bien accord des deux volontés et par suite convention.

On peut ajouter que chacune des parties peut tenir à sa qualité de proposant et ne pas vouloir du contrat, si le hasard lui a donné le rôle d'acceptant ; cela peut avoir pour conséquence de modifier la compétence du Tribunal qui aurait à statuer en cas de difficulté.

Cette objection, bien qu'ayant une certaine valeur, est indépendante de la question de savoir si un contrat a été formé.

Jusqu'ici nous avons raisonné en supposant qu'il y avait une concordance parfaite entre les deux

propositions qui se croisent. Mais il arrivera souvent que les deux propositions ne concorderont pas parfaitement; le contrat se formera-t-il? La question peut être discutée mais il est certain que le contrat existe si les parties sont d'accord sur les éléments essentiels et si les autres conditions indiquées dans la convention ne sont pas de nature à modifier la volonté des parties. Ainsi Jean a offert de vendre 100 hectolitres de pommes à neuf francs cinquante et Pierre de les acheter à dix francs; le contrat sera formé bien que les deux propositions se croisent et les pommes seront vendues neuf francs cinquante l'hectolitre

De tout ceci, il résulte que l'offre et l'acceptation doivent être concordantes; mais cette concordance doit s'appliquer plutôt à l'esprit qu'à la lettre de la convention; aussi l'acceptation n'a pas besoin de formes spéciales et elle peut être expresse ou tacite.

L'acceptation est le plus souvent expresse; pour avoir ce caractère, il suffit qu'elle soit adressée à l'auteur même de l'offre ou à son représentant.

L'acceptation peut être aussi tacite; mais dans ce cas, il faut que son auteur ait accompli un fait volontaire qui la suppose. Le cas le plus frappant de ce genre d'acceptation, est l'acceptation par exécution. Ainsi Paul me demande 150 sacs de blé, je les expédie à son adresse, il y a acceptation tacite de ma part. Ce genre d'acceptation peut amener des contestations. Dans quel acte d'exécution peut-on et doit-on voir une manifestation suffisante de

la volonté d'accepter. Cette question se pose en fait et les Tribunaux devront l'apprécier, mais il faut, je crois, exiger qu'il y ait toujours dessaisissement de l'acceptant ; on ne pourrait pas sans cela avoir la preuve de son acceptation.

Un dernier point reste à résoudre ; cette manifestation de volonté vaut-elle toujours acceptation. Oui, lorsque l'offrant aura pris livraison. Cette solution a de graves inconvénients en matière commerciale, car le négociant qui aura d'abord fait la livraison de la marchandise avant d'accepter, se trouvera plus exposé que celui qui a commencé par rendre l'offre irrévocable en acceptant.

En résumé, nous pensons que l'acte d'exécution exprime d'une façon suffisamment claire l'intention d'accepter, et dès ce moment, nous déclarons sans hésiter que le contrat est formé.

CHAPITRE IV

Moment et lieu de la formation du contrat

Nous avons examiné les conditions nécessaires pour former le contrat par télégramme ; à la hauteur où nous sommes arrivés dans notre étude, nous devons nous demander à quel moment ce contrat est formé. Cette question est certainement la plus délicate et la plus controversée que nous rencontrons dans cette partie de notre sujet. Il existe un grand nombre de systèmes et deux théories principales. La théorie de l'information et la théorie de la déclaration.

Avant d'aborder cet exposé des divers systèmes, il est bon de se rendre compte de l'importance et de l'intérêt de la question soulevée. Les nombreuses difficultés qui peuvent naître dans l'exécution des contrats reçoivent des solutions différentes suivant que l'on adopte telle ou telle des opinions en présence.

Jusqu'au moment de la formation du contrat

chacune des parties peut se dédire ; mais dès que la convention est formée, elle ne peut être rompue que par l'accord mutuel des parties.

L'article 1138 du Code civil déclare que l'obligation de livrer « rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée ». Si l'objet vendu vient à périr entre le moment où le télégramme d'acceptation est remis à la poste et celui où il arrive chez l'offrant, qui supportera la perte ? Tout dépend de la solution que l'on adoptera sur le moment et le lieu de la formation du contrat

La détermination de ce moment présente un grand intérêt en droit commercial. Ainsi l'article 446 du Code de commerce déclare nul et sans effet les actes qui ont été faits par le débiteur dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements. Or, le failli a pu accepter une offre avant le commencement du délai de dix jours, lors même que l'acceptation ne serait arrivée à l'offrant que lorsque le délai était en cours et le contrat ainsi formé, sera nul ou valable suivant l'opinion que l'on aura sur cette question.

L'article 100 du Code de commerce décide qu'en principe, les marchandises voyagent aux risques et périls de l'acheteur à qui elles appartiennent, si elles ont été envoyées immédiatement avant l'acceptation et qu'elles périssent, la solution changera suivant le système que l'on adoptera.

La détermination du lieu de la formation du contrat est encore intéressante au point de vue de

la procédure. L'article 420 du Code de procédure civile étend la règle *actor sequitur forum rei* à la procédure commerciale. En vertu de cet adage le demandeur peut assigner au tribunal du domicile du défendeur, à celui du lieu où la marchandise a été livrée, ou à celui du lieu du paiement. Souvent l'on aura à se demander avant de saisir la justice, où le contrat a été formé, puisque c'est une des conditions exigées par la loi, pour que le tribunal puisse se déclarer compétent et pour trancher la question il faudra prendre parti entre les deux systèmes. La solution de cette difficulté est entièrement abandonnée aux juges du fond par la Cour de cassation, aussi trouve-t-on les décisions les plus contradictoires. L'article 635 du Code de commerce apporte une dérogation à notre principe en matière de faillite. Toute action née d'une faillite doit être intentée devant le tribunal de déclaration de la faillite.

Avant d'arriver à l'étude des très nombreux systèmes qui existent sur la question, il faut d'abord poser quelques principes.

La convention fait la loi des parties; or, en contractant, elles peuvent avoir fixé le lieu de la formation du contrat comme elles l'entendent, et ce n'est qu'en l'absence d'une manifestation expresse ou tacite de la volonté des contractants qu'il faudra appliquer l'un ou l'autre des systèmes que nous allons exposer.

Etudions la théorie de l'information; ensuite celle de la déclaration avec ses trois divisions, enfin les systèmes éclectiques.

La théorie de l'information, de la recognition ou de la rescision que l'on appelle en allemand *verehmungstheorie*, déclare que le contrat ne prend naissance qu'au moment où l'offrant a connaissance de l'acceptation.

Cette théorie a été défendue : dans l'ancien droit, par Grotius, *De jure belli ac pacis*. Hertius, *De collusionē, legum* §§ 16 et suivants. Dans le droit moderne, en France, par Flandin, *De la vente par correspondance* (*Revue de Notariat et d'Enregistrement*, tome X, 1869, page 561) ; Alauzet. *Commentaire du Code de commerce*, § 111 ; Delamarre et Le Poitevin. *Traité du Droit commercial*, §§ 99, 102 et suivants ; Troplong, *De la Vente*, tome I, § 25. *Du Louage*, § 115 ; Toullier, tome VI, § 29 ; Beaudry-Lacantinerie, tome II, § 797 *bis*. Un assez grand nombre d'arrêts ont admis cette solution : Caen, 7 août 1820 (S. chr. 303) ; Paris, 17 avril 1852 (S. 52-2-206 et D. 52-5-381) ; Lyon, 27 juin 1867 (S. 68-2-182 et D. 67-2-194) ; Orléans, 26 juin 1885 (S. 86-2-30 et D. 86-2-135) ; Bordeaux, 29 juin 1892 (S. 92-2-390).

Cette opinion a encore été admise à l'étranger. En Belgique, elle est adoptée par Maynz, *Droit Romain*, tome II, § 200, n° 11 ; Laurent, *Droit Civil*, tome XV, § 479 ; Wurth, Discours de rentrée prononcé devant la Cour d'Appel de Gand et par des décisions judiciaires ; Bruxelles, 20 février 1867 (S. 68-2-182 et D. 67-2-193).

En Allemagne, Arndts : *Pandekten*, tome II, § 321.

En Italie, Esperon : *Il principio di nazionalità*, page 136 ; Rocco : *Delle Leggi, delle du Sicilie*, page 378 ; Vidari : *Corso di diritto commerciale*, tome I, § 54.

Cette théorie exige donc, pour la perfection du contrat, trois éléments : la proposition, l'acceptation, l'arrivée de la nouvelle de l'acceptation à la connaissance du pollicitant.

Dans les contrats entre absents, la correspondance joue le rôle de la parole dans les contrats, entre présents ; dans les deux cas, il résulte que les déclarations de volonté sont nécessairement successives. La différence entre les deux contrats, comme le dit si bien M. Wurth (1), résulte de ce que « l'intervalle de temps qui sépare nécessairement les deux déclarations du promettant et de l'acceptant, est plus long, lorsque la convention se forme par lettres. Or, cet intervalle plus ou moins long, ne change rien aux termes du problème. Celui-ci reste toujours le même, que ce soit une seconde ou quelques minutes qui séparent les deux déclarations successives ». Entre présents, la convention ne prend naissance qu'à l'instant où le pollicitant entend les paroles par lesquelles l'autre partie accepte, il doit en être de même, lorsque le contrat a lieu par correspondance, et il ne peut être formé qu'au moment où le proposant aura reçu la lettre qui lui annonce l'acceptation.

(1) WURTH. Des principes de Droit qui régissent les lettres missives et les télégrammes.

A cet argument qu'on pourrait qualifier de philosophique, les partisans de l'information prétendent que le Droit romain confirme leur solution. Ulpien, au *Digeste*, livre 45, titre 1, loi 1, *principium*, s'exprime ainsi : « *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente : et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans, stipulationem contrahere possunt : nec absens quidem quoniam exaudire invicem debent* ». La dernière phrase de ce texte est formelle et elle ne s'applique pas seulement à la stipulation romaine, mais à tous les contrats. Merlin, dans son Répertoire (1) nous en fournit un exemple : « Je me trouve en présence d'un sourd qui me dit : voulez-vous acheter telle chose moyennant tel prix ? je lui réponds, je veux bien ; mais il ne m'entend pas, il me déclare ne pas m'avoir entendu et il me prie de lui remettre par écrit la réponse qu'il juge d'après le mouvement de mes lèvres, lui avoir été faite par moi. Alors je prends une plume et je lui trace ces mots : je vous ai dit que je voulais bien, mais toute réflexion faite, votre proposition ne me convient pas. Cet homme pourra-t-il prétendre que, par la réponse que je prétends lui avoir faite de vive voix, je me suis lié irrévocablement envers lui ? non certainement, et s'il me poursuit, le juge le débouterà sans hésiter ».

Les partisans de la théorie de l'information ajoutent que l'on ne peut pas leur opposer l'exis-

(1) MERLIN. *Répertoire, Vente*, § 1^{er}, art. 3, n° 11 bis, *in fine*.

tence de différences imaginaires entre les contrats verbaux et ceux par correspondance ; car il importe peu que l'acceptation de l'offre ait été envoyée si cette acceptation n'est pas parvenue au destinataire, et Merlin déclare qu'une lettre missive n'est « qu'un procureur muet » que j'ai envoyé pour déclarer mon acceptation. Or, il est évident que je puis révoquer mon mandataire, tant qu'il n'a pas rempli son mandat ; en conséquence, je puis révoquer la lettre ou le télégramme que je vous ai envoyé, tant qu'il ne vous est pas parvenu. Il est donc certain que le promettant peut révoquer son offre jusqu'au moment où il reçoit la notification de l'acceptation, il en résulte que le concours des volontés existe seulement lorsque l'offrant est prévenu que sa proposition a été acceptée, jusque-là, l'acceptation est « *propositum in mente retentum* ».

Ce système est encore fortifié par un argument de texte tiré de l'article 932 du Code civil qui déclare que « la donation entre vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès ». Cette disposition ne formule pas une exception ; elle est l'application à une catégorie spéciale de contrats d'une règle générale commune à toutes les conventions.

Ce système de l'information a reçu la consécration législative ; le Code civil autrichien et le Code de commerce de Buenos-Ayres l'ont adopté.

Examinons maintenant la valeur des arguments invoqués par cette théorie.

Ce système assimile d'abord les contrats par correspondance aux contrats entre présents ; cela est inadmissible, on escamote ainsi la difficulté. La controverse naît en effet du laps de temps qui s'écoule dans les contrats par correspondance, alors qu'il n'existe pas en principe quand les parties se trouvent en présence.

De même l'autorité du Droit romain doit être écartée, car le texte d'Ulpien dont on argumente, a trait à la *stipulatio*, contrat formel qui se formait par interrogation et réponse et qui ne pouvait avoir lieu entre absents.

C'est également à tort que l'on assimile l'acceptation à l'offre et qu'on veut leur appliquer des règles uniformes ; cependant il y a de grandes différences entre la pollicitation et l'acceptation. Le retrait de l'offre avant l'acceptation empêche le contrat de se former, tandis que l'acceptation, dès qu'elle s'est manifestée, fait naître le contrat. Cette opinion est du reste approuvée par Demolombe (1) qui déclare qu'« en effet le contrat qui est une espèce de convention se forme par le concours des deux volontés ; or, les deux volontés ont concouru dès le moment où l'acceptation de l'offre a eu lieu, donc dès ce moment aussi le contrat a été formé. Ce syllogisme procède bien et la déduction en sera irrésistible à moins que l'on apporte un texte qui s'y oppose. On invoque l'article 932. »

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, § 75.

Ce texte s'applique à une matière spéciale et rien n'indique que ses dispositions doivent être étendues aux autres conventions. Or, ce qui prouve que cet article est spécial aux donations c'est que la disposition qu'il renferme est nouvelle et que notre ancien droit n'exigeait pas que le donateur connut l'acceptation du donataire. Le Code civil ne la demande pas d'une manière absolue et c'est seulement à l'égard du donateur que l'acceptation par acte séparé produira effet du jour où on la lui aura notifiée. Le défaut de signification de l'acceptation n'empêche pas, à la mort du donataire, la transmission de son droit à ses héritiers. Il est certain que le donateur peut reprendre la donation, mais s'il ne le fait pas il n'est pas certain que la libéralité tombera. Il est vrai de dire que la Cour de cassation (1) a décidé que dans ce cas la donation disparaissait. Cet arrêt applique avec rigueur l'article 932, mais il reste néanmoins acquis que c'est seulement à l'égard du donateur que l'effet de la donation est subordonnée à la notification.

On peut combattre autrement l'argument tiré de l'article 932 en invoquant l'article 1121 qui, examinant le cas où une personne a stipulé au profit d'un tiers, déclare que « celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». Ce texte subordonne la validité de la stipulation pour autrui à l'acceptation par le bénéficiaire, mais il ne parle pas de notification

(1) Cassation, 12 novembre 1861 (D. 62-1-28).

de l'acceptation ; l'on comprend facilement cette différence entre les deux textes, car le législateur a apporté des obstacles de toute nature à la validité du contrat solennel de donation ; mais il n'a pas imposé les mêmes formalités aux simples contrats consensuels.

M. Flandin (1) qui admet la théorie de l'information, a indiqué, à l'appui de sa solution, un argument spécial aux conventions synallagmatiques : « Dans cette sorte de contrat, dit-il, l'une des parties ne peut pas être obligée sans que l'autre le soit également envers elle (art. 1102 du Code civil). Or, celui à qui une offre de vente a été faite par lettre, et qui répond par une autre lettre que l'offre est agréée, demeure le maître de retirer son acceptation, encore ignorée de celui qui fait l'offre, tant que la lettre n'est pas parvenue à ce dernier sera ou ne sera pas lié, suivant le parti que lui dictera son intérêt ; tandis que l'auteur de la proposition, qui ne peut plus se dégager du moment où sa lettre a été reçue, au moins pendant le temps moral nécessaire pour que celui, à qui la proposition a été adressée, fasse connaître son acceptation, sera irrévocablement engagé. Cela ne peut pas être ; cela ne serait pas moins contraire à l'équité qu'au droit ».

M. Flandin pose comme principe que l'acceptation ne devient irrévocable qu'au moment où il en a été pris connaissance par le proposant. Or, cette

(1) FLANDIN. *De la Vente par correspondance* (*Revue de Notariat et d'Enregistrement*, t. X, p. 561).

prémisse a le défaut de supposer admis ce qu'il s'agit de démontrer, mais elle est, en outre, contraire au principe du droit et à la pratique.

La théorie de la déclaration n'a pas pour conséquence de permettre à l'acceptant de se dégager de son obligation, alors que l'offrant a déjà perdu ce droit; mais ce système admet que le contrat existe définitivement dès que l'intention d'accepter l'offre a été exprimée, et cette solution a pour conséquence que l'acceptation ne peut pas être révoquée, entre ce moment, et celui de son arrivée entre les mains de l'offrant. Or, on ne voit pas de quelle façon l'acceptant reprendrait son consentement, et cela constituerait une violation du principe de la réciprocité dans les contrats synallagmatiques.

On doit donc répéter ce système de l'information, mais outre les objections opposées à chaque argument, il y a des critiques générales à adresser au système tout entier.

Il se heurte d'abord aux principes admis dans la théorie des obligations. Nulle part on n'exigé pour la formation du contrat l'arrivée de la nouvelle de l'acceptation de l'offre au proposant; les articles 1101, 1108, 1121, 1984 et 1985 du Code civil, proclament la validité de l'obligation dès le moment où la proposition a été agréée.

Au point de vue pratique, l'erreur de ce système est encore plus évidente, car elle ne laisse aucune place à l'acceptation tacite qui joue un rôle si important dans la formation de nos contrats. Si l'acceptant envoie la marchandise et répond ensuite

à l'offrant, il arrivera avec la théorie de l'information que le contrat sera formé après son accomplissement ; aussi beaucoup de partisans de ce système déclarent qu'il est inapplicable aux conventions tacites ; mais ces contrats ne sont pas les seuls dont la nature soit inconciliable avec la théorie de l'information.

Ainsi, il résulte de la combinaison des articles 1984 et 1985 du Code civil que le mandat est formé par le seul fait de l'acceptation et l'article 94 du Code de commerce étend la même solution à la commission. Certains auteurs voudraient limiter cette règle au cas où la proposition émane du mandant.

Des deux alinéas de l'article 1984, le premier définit le mandat et le second déclare que le contrat de mandat n'existe qu'autant que le mandataire a consenti à s'en charger. Or, dans le cas d'offres de service venant d'un mandataire, les deux éléments sont réunis et les conditions de l'article 1984 sont remplies dès que les offres sont acceptées et alors on se trouve en présence d'un mandat donné et accepté.

Il faut pousser plus à fond nos critiques et déclarer que la théorie de l'information rend impossible la naissance de tout contrat. Marcadé (1) du reste l'a démontré : « S'il fallait attendre que le proposant connût la volonté de l'acceptant, il faudrait exiger aussi pour être conséquent que cet accep-

(1) MARCADÉ. *Explication du Code civil*, t. IV, § 395, p. 360.

tant soit à son tour averti que sa volonté est arrivée à la connaissance du proposant avant que celui-ci eût révoqué la sienne ; car jusque-là cet acceptant pourrait dire, d'après le même principe, qu'il ne savait pas si le contrat était ou non formé et qu'on ne peut pas se trouver lié par un contrat formé à son insu ». Avec ce système on ne s'arrêterait pas ; aussi les partisans de l'information pour échapper à cet argument, prétendent que l'on crée une difficulté imaginaire qui a pour base une supposition toute gratuite, car si le proposant peut retirer sa proposition tant qu'il ignore si elle est acceptée, elle devient irrévocable dès qu'il a reçu l'acceptation, parce que le concours des volontés existe et par le même motif l'acceptant ne peut se rétracter dès que sa lettre est arrivée au proposant sans qu'il ait besoin de savoir si sa lettre est parvenue.

Ce raisonnement ne peut être admis que si les deux parties ne songent jamais à annihiler les préliminaires du contrat et que toutes deux consentent à exécuter la convention même avant qu'elle soit formée.

Ce système est inadmissible juridiquement, de plus il aurait pour conséquences d'entraver singulièrement la marche des affaires en forçant l'acceptant à différer l'exécution du contrat jusqu'au moment où il saura que sa lettre est parvenue à la connaissance du proposant.

En face de la théorie de l'information se dresse celle de la déclaration ou de l'agnition ; les alle-

mands l'appelle *Ausserungstheorie*. Cette théorie se contente de la coexistence des volontés et déclare le lien d'obligation formé dès que la volonté de l'acceptant vient se joindre à celle de l'opposant. Elle repose sur ce raisonnement : lorsque l'offrant a porté sa proposition à la connaissance de l'acceptant et que celui-ci a déclaré qu'il adhérerait à l'offre la convention est formée. Mais quand peut-on dire que l'acceptation est émise et qu'elle forme le contrat. Ici cette théorie se divise en trois branches :

Théorie de la déclaration *sensu stricto* ;

Théorie de l'expédition ;

Théorie de la réception.

Avant d'étudier ces théories disons qu'au cas d'acceptation tacite tous les partisans de la théorie de l'agnition déclarent que le contrat est formé dès que l'acte qui prouve le consentement est accompli.

La théorie de la déclaration *sensu stricto* prétend que le contrat est formé au moment même où l'acceptation est déclarée.

Cette théorie a été admise d'abord par de nombreux auteurs anciens qui ont examiné cette question. Cujas. *Observationes*, tome XIII, Chapitre XXXI ; Lauterbach. *Dissertatio de nuntio*, Chapitre VIII, § 25 ; Pothier. *Vente*, § 32 ; Rogue. *Jurisprudence consulaire*, tome 1, page 22.

En France cette théorie a été admise par un grand nombre de Jurisconsultes : Duranton. *Cours de Droit français*, tome XVI, § 45 ; Championnière et Rigaud. *Des Droits d'Enregistrement*, tome I^{er},

§ 189; Marcadé. *Explication du Code civil*, tome IV, § 395; Vincens. *Législation commerciale*, tome I^{er}, page 163, et tome II, page 149; Boncenne et Bourbeau. *Théorie de la Procédure*, tome VI, page 163; Garsonnet. *Traité de la Procédure*, § CXXIX, note 17, page 135; Ripert. *Essai sur la vente commerciale*, page 40; Demolombe. *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, § 75.

De nombreux arrêts ont adopté cette solution : Bourges, 10 janvier 1823 (S. chr., p. 136); Pau, 16 juillet 1852 (S. 52-2-418, et D. 54-2-205); Caen, 15 juin 1871 (D. 72-5-111); Douai, 15 mars 1886 (D. 88-2-37); Rennes, 15 décembre 1891 (R. Nantes, 92-1-8); Bordeaux, 11 mars 1892 (R. Bordeaux, 92-1-192).

En Allemagne cette théorie est admise par Savigny de Ihéring; en Belgique, par la Cour de Bruxelles, 24 décembre 1879 (Pasicrisie, 80-2-266); en Italie, par Sérafini. *Scritti Germanici Dissertatio I*, chapitre II; en Angleterre et aux États-Unis, les décisions unanimes de tous les auteurs adoptent ce système.

La théorie de la déclaration soutient, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le lien juridique est formé au moment même où l'acceptation est déclarée. Les auteurs qui repoussent cette théorie semblent avoir exagéré la portée des conclusions auxquelles elle aboutit; pour eux (1), le contrat

(1) DARQUER. *Contrats par Correspondance*, p. 171; AUBRY et RAU. *Cours de Droit civil français*, t. IV, § 343, note 25.

sera formé dès le moment ou après la lecture de la lettre d'offre, celle d'acceptation est écrite ; de telle sorte que rigoureusement un consentement purement mental suffirait.

Si certains auteurs (1) ont paru comprendre ainsi cette théorie, leur opinion est trop absolue. A ne considérer le contrat qu'au point de vue de la nature philosophique du consentement, il devrait consister uniquement dans l'accord des volontés des deux parties. Mais il ne faut pas confondre la philosophie et le droit. Il ne suffit donc pas que l'acceptant veuille faire naître l'obligation projetée, il faut pour que le contrat soit formé, que sa volonté soit juridiquement constatée par la création d'un acte extérieur et irrévocable. Or, l'expédition de la lettre ou du télégramme sont-ils les seuls faits qui rendent l'acceptation irrévocable ? Non, car on peut déterminer par un autre moyen le moment où le consentement est devenu définitif ; ainsi lorsque le futur acceptant a déclaré à des tiers que l'affaire était conclue.

La Cour de Cassation (2) considère que la précaution prise par le futur acceptant de faire enregistrer la lettre d'offre, manifeste de sa part l'intention d'accepter la proposition. La preuve du moment de l'acceptation peut donc résulter des actes les plus divers, pourvu que l'acceptation ne puisse en faire disparaître toute trace, telle est la

(1) DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, § 62.

(2) Cass., 15 avril 1874 (S. 75-1-356).

conclusion à laquelle aboutit cette théorie. Ce système a-t-il pour conséquence, ainsi que l'admet M. Darquer (1), de dispenser l'acceptant de faire connaître sa décision au proposant ou bien n'y sera-t-il tenu que par un simple devoir de politesse.

C'est une erreur évidente et je n'admets pas que l'adoption de notre opinion entraîne une conséquence aussi extravagante. En effet, l'acceptation, en se manifestant d'une manière irrévocable, a amené la formation du contrat, et il faut admettre, avec l'article 1135 du Code civil, que les parties sont obligées de se soumettre à toutes les suites « que l'équité, l'usage et la loi ordonnent d'après sa nature ». Or, l'équité exige que l'acceptant avise au plus tôt le proposant de la conclusion du contrat. Cet avis n'entre pas dans les éléments constitutifs du contrat, c'est plutôt le commencement d'exécution. Il en résulte donc que l'acceptant est tenu, légalement, de porter son acceptation à la connaissance du pollicitant et, s'il ne se conforme pas à cette obligation, le proposant pourra retirer son offre, le contrat n'étant pas formé.

La seconde division de la théorie de la déclaration, est celle de l'expédition. Ce système place l'époque de la formation du contrat au moment où l'acceptant s'est dessaisi de l'acceptation. Cette théorie diffère très peu de la précédente et souvent la pratique les confond.

Elle est admise d'une façon formelle en France

(1) DARQUER. *Des Contrats par correspondance*, p. 172.

par Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, tome IV, § 343, note 25. Duvergier, *De la Vente*, tome I, § 58. Couétoux, *Des Achats et des Ventes de marchandises*, page 70. Boistel, *Précis de Droit commercial*, § 443. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, tome III, § 27. Hepp, *De la Correspondance privée*, § 106. Guillouard, *De la Vente et de l'Échange*, § 16.

Cette théorie a été admise à l'étranger : en Allemagne, en Italie, en Belgique, mais surtout en Angleterre et aux États-Unis où elle est dominante.

D'après ce système, l'acceptation rend le contrat parfait à l'instant où elle s'est manifestée d'une façon telle qu'elle ne peut plus être anéantie, et le fait de déposer une lettre ou une dépêche au télégraphe, est une manifestation de volonté qui présente ce caractère ; car si la lettre ou la dépêche était retirée, les formalités administratives du retrait constitueraient une preuve du consentement de l'acceptant. Les partisans de la théorie de l'expédition posent, en principe, que l'acceptation expresse n'est définitive qu'au moment où son auteur s'en est dessaisi ; que le consentement ne peut auparavant se manifester sous aucune autre forme, et que le contrat prend naissance alors seulement.

Cette théorie repose sur les arguments suivants. Tant que l'acceptant peut arrêter ou anéantir son acceptation, c'est « *propositum in mente retentum* ». Le consentement étant révocable, il ne peut être définitif, et le pollicitant serait lié, alors que l'accep-

tant ne le serait pas. Mais, dès que la lettre ou le télégramme d'acceptation a été déposé à la poste, il devient la propriété du destinataire, il cesse d'être au pouvoir de l'acceptant, alors celui-ci ne peut plus retirer son consentement, il en résulte que l'expression de sa volonté, étant définitive le contrat est formé.

Ce raisonnement me paraît très critiquable ; en effet, il est évident ainsi que nous l'avons montré, que le consentement n'est plus un *propositum in mente retentum* dès qu'il s'est manifesté extérieurement par un acte dont l'on ne peut dissimuler complètement l'accomplissement. Il n'est pas certain que le dépôt du télégramme au bureau ait pour effet d'en dessaisir irrémédiablement l'expéditeur, car c'est une question très discutée de savoir qui en cours de route est propriétaire du télégramme. L'opinion qui prétend que la lettre appartient au destinataire fait valoir que l'on écrit pour celui à qui la lettre est adressée et non pour soi et on invoque des textes du *Digeste*, livre 41, titre 1, loi 45 *principium* et livre 47, titre 2, loi 14, § 17. Mais il n'est pas prouvé que l'expéditeur ait voulu transférer au destinataire la propriété du télégramme dès l'instant de l'envoi. Les textes cités au *Digeste* se retournent plutôt contre cette théorie ; en effet Ulpien déclare que dans le vol d'une lettre *l'actio furti* doit être exercée par la partie qui est intéressée à ce que le message parvienne à destination, question qui est indépendante de celle de la propriété du message ; sur ce point il déclare

que la propriété appartient au destinataire dès le moment de l'envoi, Labéon exprime la même opinion : « *Si epistolam tibi misero, non erit tua antequam tibi reddita fuerit* » (1). Si l'on veut appliquer les principes des jurisconsultes romains on voit que la poste étant la mandataire des deux parties, le télégramme ne sera la propriété du destinataire qu'au moment où il le recevra.

Même si théoriquement on admettait que pendant le transport, le télégramme appartient au destinataire on ne pourrait le soutenir pratiquement, car le Congrès postal international de Paris de 1878 émit le vœu que l'on recherchât à qui la propriété des lettres et des télégrammes, en cours du transport, était attribuée par la législation et la jurisprudence de chaque pays. L'enquête faite, il en résulta que presque tous les pays faisant partie de l'Union Postale admettaient que le destinataire ne devenait propriétaire de la lettre qu'au moment de sa réception. Depuis tous les Etats ont adopté cette théorie, sauf l'Angleterre qui considère que pendant le transport la lettre appartient temporairement au souverain.

En France bien que la jurisprudence ait été contraire au droit de l'expéditeur, l'Instruction générale sur les Postes du 20 mai 1868, article 329, permet à l'auteur de la lettre de la retirer en prouvant son identité et en signant sur un registre spécial. Après l'enquête internationale et un avis conforme

(1) *Digeste*. Livre 41, titre 1. Loi 65 *principium*.

du Conseil d'Etat du 6 août 1883, l'Administration des Postes permit le retrait des correspondances tant qu'elles ne sont pas parvenues à leur destinataire (1). Il en est de même pour les dépêches, décret du 7 février 1895, article 28, et cette solution tend de plus en plus à triompher en jurisprudence (2).

Les partisans de cette opinion cherchent à affaiblir les résultats de cet état de choses qui est contraire à leur système et déclarent qu'un décret n'a pas le pouvoir de modifier des principes de droit théorique.

Ce raisonnement est loin d'être incontestable, car quel que soit le contrat qui intervienne entre l'expéditeur et l'administration, il est régi par l'article 1134 du Code civil et les parties peuvent introduire dans le contrat telles clauses qu'il leur plaît. L'avis de l'administration, que les correspondances continueront à appartenir à l'expéditeur jusqu'à leur arrivée chez le destinataire, est une clause de ce genre et aucun tribunal, administratif ou judiciaire, ne peut modifier cette convention.

De tout ceci il résulte que la théorie de l'expédition doit être rejetée complètement; il reste encore un autre système, celui de la réception, que nous allons maintenant examiner.

D'après cette théorie l'obligation est formée

(1) Voir le *Journal Officiel* des 26 et 27 juin 1892.

(2) Poitiers, 17 février 1885 (*Gaz. Pal.*, 85-2-560). Riom, 13 juillet 1891 (*Gaz. Trib.*, 13 octobre 1891).

seulement au moment de l'acceptation chez l'offrant. Ce système ne réunit qu'un petit nombre d'adeptes; il y a en France, Persil et Croissant. *Commissionnaires des Achats et Ventes*, page 272 et en Allemagne Emminghaus. *Archiv. fur die praktische Rechtswissenschaft*, tome VI, page 113; Maas. *Das Vestragschluss auf elektrischen Wege*, pages 44 et 67; Regelsberger. *Endeman's Handbuch*, tome II, § 248, page 456; Hasenhorl. *Das oesterreichische Obligationen Rechts*, t. I^{er}, § 51, pages 606 et 607.

Cette opinion, comme celle de l'expédition, pose en principe que l'acceptation n'est définitive qu'au moment où l'acceptant s'est dessaisi complètement du télégramme qui en renferme l'expression; mais en développant cette idée avec une logique rigoureuse, les auteurs qui défendent ce système prétendent que la formation du contrat est reculée jusqu'au moment de l'arrivée du télégramme entre les mains de l'offrant, mais il importe peu que celui-ci en ait pris connaissance.

Cette théorie doit être rejetée. Nous avons déjà repoussé l'argument qui admet que le contrat est formé quand l'expéditeur est dessaisi définitivement du télégramme; quant à l'autre raisonnement, basé sur l'irrecevabilité de l'acceptation, lorsque le télégramme est aux mains de l'offrant, il est *a priori* inexact puisque celui sur lequel il repose, ne peut résister à la critique. Mais nous allons montrer autrement le peu de fondement de ce système, en constatant les résultats auxquels il aboutit.

Le fait purement matériel de la réception du télégramme chez l'offrant, entraverait beaucoup la formation des contrats par correspondance et rendrait notamment la preuve de la réception de la lettre très difficile à administrer.

Cette théorie se rapproche beaucoup de celle de l'information et la plupart des critiques que l'on adresse à ce système, peuvent être reprises ici.

A côté des deux grandes théories traditionnelles que nous venons d'examiner, des auteurs ont proposé des systèmes intermédiaires ; ils sont au nombre de deux, l'un de MM. Windscheid et Bluhme, l'autre de M. Kœppen.

Ces systèmes, appelés éclectiques, consistent à emprunter aux opinions précédentes la solution la meilleure pour chaque hypothèse particulière. Ces théories ne posent pas de principes généraux, mais seulement des règles sans aucune liaison, chacune visant l'une des formes sous lesquelles les contrats par correspondance peuvent avoir lieu.

MM. Windscheid (1) et Bluhme (2), établissent une distinction fondamentale entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques.

En cas de convention unilatérale, la formation du contrat varie suivant que la proposition est faite par celui qui veut devenir créancier, ou par celui qui veut devenir débiteur.

(1) WINDSCHEID. *Lehrbuch der Pandektenrechts*, t. II, p. 171.

(2) BLUHME. *Encyclopadie der in deutschland geltenden rechts* t. II, p. 207.

Si l'offre est faite par celui qui veut devenir créancier, le contrat sera formé lorsqu'il aura reçu l'acceptation.

Si l'offre est faite par celui qui veut devenir débiteur, le contrat sera formé lorsque celui auquel elle est adressée l'aura acceptée.

Lorsque la convention est synallagmatique, les deux parties contractent des obligations réciproques l'une envers l'autre et chacune d'elle remplit à la fois le rôle de stipulant et de promettant. Dans ce cas on décide que le pollicitant sera lié quand la dépêche aura été déposée au télégraphe, tandis que l'acceptant ne le sera que lorsque l'acceptation arrivera chez l'offrant.

Ce système a le grave inconvénient de manquer de logique, et de là résulte des contradictions extraordinaires, ainsi dans les conventions synallagmatiques, la perfection du contrat ne se produit pas en même temps pour les deux parties. Enfin cette théorie répond mal aux usages et aux nécessités de la pratique.

M. Koeppen (1) base son système sur le Droit romain ; pour lui l'offre en elle-même, doit être considérée comme obligatoire ; c'est-à-dire que l'offre est une convention conditionnelle dont la condition, si elle est acceptée, rétroagit au jour de la pollicitation.

Ce système est inadmissible et on peut lui

(1) KOEPPEN. *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden* (*Jahrbücher für die Dogmatik*), t. IX, § 139, p. 334.

adresser les critiques que l'on fait à tous les autres, de plus, il est contraire aux usages du commerce. M. Koeppen prétend baser cette théorie sur une interprétation rigoureuse et exacte des textes romains ; mais les textes du *Digeste* laissent des doutes sur la question, et le plus concluant déclare que la pollicitation n'a aucun caractère obligatoire (1). Ces principes, même s'il étaient indiscutables en Droit romain, n'en seraient pas moins inapplicables, car Pothier, dont l'opinion a été reproduite par le Code civil, déclare que la simple proposition ne fait naître aucun droit au profit de celui à qui elle s'adresse, tant qu'elle n'est pas acceptée, car nul ne peut acquérir un droit sans volonté (2).

Jusqu'ici nous avons étudié le moment où le contrat était parfait ; maintenant il faut nous demander dans quel lieu le contrat se forme. La solution de cette question est très simple et dépend de la théorie que l'on adopte sur le moment de la formation du contrat. Nous avons admis que le système de la déclaration était le meilleur, c'est donc au lieu où se trouve l'acceptant que le contrat est formé. Ainsi *Primus*, de Caen écrit à *Secundus*, de Lisieux pour lui offrir des marchandises ; *Secundus* accepte, le contrat est formé à Lisieux.

La doctrine déclare que cette question du lieu de la formation du contrat est une question de droit

(1) *Digeste*, liv. 44, tit. VII, loi 55.

(2) POTHIER. *Obligations*, § 3.

parce que la logique exige que le lieu de la formation du contrat soit le même que celui où ce contrat atteint sa perfection. La jurisprudence se base principalement sur les faits de chaque espèce pour déterminer le lieu de la formation de la convention mais dans l'arrêt du 13 mars 1878 la Cour de Cassation a paru prendre en considération le lieu où l'acceptation avait été donnée pour déterminer la compétence du Tribunal (1).

(1) Jurisprudence constante. Cass., 6 août 1867 (S. 67-1-400 *ter* et D. 68-1-35). Cass., 13 mars 1878 (S. 78-1-312). Cass., 30 mars 1881 (S. 82-1-56 et D. 81-1-359). Voir enfin un jugement du Tribunal de Commerce de Lisieux du 4 janvier 1907 confirmé par la Cour d'Appel de Caen du 11 février 1907 (R. Caen, 1908).

CHAPITRE V

Preuve des Contrats par télégramme

Avant d'étudier la force probante des télégrammes, il faut dire quelques mots de la preuve de l'identité de l'expéditeur, de celle de la réception par le destinataire et de celle de la date.

Examinons d'abord la preuve de l'identité de l'expéditeur.

Le destinataire de la dépêche n'a entre les mains, à la réception du télégramme, ni écriture, ni signature de l'expéditeur et il ne peut prouver *de plano* quel est l'expéditeur véritable.

L'identité de l'expéditeur est contestée, comment faire la preuve ?

Si moins de six mois se sont écoulés depuis l'envoi de la dépêche, le destinataire pourra administrer sa preuve en obtenant la représentation de la minute qui a été remise au bureau du télégraphe par l'expéditeur, et on pourra, si cela est nécessaire, procéder à une vérification d'écriture.

Si l'original est perdu, ou si plus de six mois se sont écoulés, la preuve devient plus délicate. La loi du 30 novembre 1850, article 1^{er}, avait aboli cette difficulté en obligeant l'expéditeur à prouver son identité au moment du départ de la dépêche; mais la loi du 3 juillet 1861 (art. 1^{er}), comme le décret du 12 janvier 1894 (art. 26), ont rendu cette formalité purement facultative, c'est-à-dire que l'expéditeur est toujours tenu de prouver son identité quand il en est requis par le préposé du télégraphe. Pour faire cette preuve, l'expéditeur se fait assister de deux témoins connus, ou produit un livret d'identité ou toute autre pièce jugée suffisante. Le plus souvent, les employés du télégraphe ne remplissent pas ces formalités et ils se contentent de demander l'adresse de l'expéditeur. Mais avec ce système, le destinataire se trouve lésé, aussi croyons-nous qu'on devra lui faciliter la preuve et lui permettre de l'administrer par tous moyens, conformément aux dispositions de l'article 1348, 4^o du Code civil (1).

Comment fera-t-on la preuve de la réception par le destinataire. Cette preuve est beaucoup plus facile à administrer que la preuve de l'identité de l'expéditeur; celui-ci devra prouver l'envoi et la réception de la dépêche. Pour administrer cette preuve, la loi fournit un moyen facile à l'expéditeur, c'est la recommandation ou l'accusé de réception; mais s'il n'a pas pris cette précaution, les

(1) VALÉRY. *Des Contrats par correspondance*, § 354; DARQUER. *Des Contrats par correspondances*, pp. 208 et 209.

registres de départ et d'arrivée des télégrammes que tient l'administration, lui permettront de démontrer facilement la remise de la dépêche.

Il nous reste à examiner la preuve de la date. Elle est facilitée par l'administration car l'expéditeur peut, en vertu de l'article 21 du décret du 16 avril 1881, confirmé par l'article 39 du décret du 12 janvier 1894, demander l'indication de la date et de l'heure à laquelle la dépêche sera remise à son correspondant lui soit notifié aussitôt après cette remise.

Arrivons maintenant à ce qui fait vraiment l'objet de notre chapitre : je veux parler de la force probante des télégrammes. Le législateur n'a pas déterminé les modes de preuve à employer, aussi les tribunaux jouissent d'un pouvoir très étendu pour apprécier la preuve résultant de ces écrits.

Les télégrammes, dans leur état actuel de transmission, sont caractérisés par les deux traits suivants. La pièce remise au destinataire n'est pas écrite par l'expéditeur et n'est pas signée par lui, elle est écrite en entier par un employé d'une administration publique et contient à la place de la signature, la copie du nom de l'expéditeur. La transmission télégraphique n'est pas, en effet, un mode de communication directe entre deux personnes, mais par le fait des agents d'une administration, la copie d'un écrit déposé dans tel bureau d'une ville, est remis dans le lieu indiqué sur l'écrit au destinataire.

Ces caractères du télégramme ont fait naître trois théories sur la question.

Une première déclare que le télégramme doit être considéré comme une lettre écrite et signée par l'auteur de la dépêche. Car, dit-on, si la dépêche n'était qu'une copie de l'original, le destinataire ne pourrait regarder la déclaration qui y est contenue comme l'expression de la volonté de l'expéditeur et dans ces conditions, l'utilité du télégraphe serait à peu près nulle, et personne ne contracterait par ce moyen. Du reste, la minute de la dépêche a aussi peu d'importance que le brouillon d'une lettre, elle contient uniquement ce que l'expéditeur voulait dire, tandis que le télégramme remis au destinataire contient ce qu'il a dit effectivement. Donc la force probante d'une dépêche est la même que celle d'une lettre. Mais s'il y a désaccord entre le télégramme et la minute, que décider ? Cette opinion admet que c'est à la dépêche reçue par le destinataire qu'il faut s'attacher pour déterminer la véritable teneur de la déclaration de volonté transmise télégraphiquement (1). C'est sans doute la volonté probable de l'expéditeur qui tient à ce que le télégramme remis au destinataire soit considéré comme autographe.

On ne saurait méconnaître la valeur des arguments invoqués à l'appui de cette théorie ; mais ces conséquences montrent que ce système est mal

(1) STUBENRAUCH *Der Elektrische Telegraph in privatrechtlichen Beziehung* (*Allgemeinen österreichische Gerichtszeitung*) t. XII, § 611. LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de Droit Commercial* t. I, § 611. RIPPERT, *Essai sur la vente commerciale*, p. 232.

fondé et qu'il doit être repoussé. En effet, pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait concours des volontés et conformité absolue entre l'offre et l'acceptation. Or, avec cette théorie, on arriverait, en cas d'erreur dans la transmission, à prouver un contrat qui n'a pu se former, car l'accord des deux parties n'a pas existé puisque la proposition de l'expéditeur du télégramme n'était pas ce que le destinataire a reçu. Il est donc inadmissible que l'acceptation donnée à une offre par le destinataire d'un télégramme qui ne reproduit pas exactement la proposition de l'offrant, puisse avoir pour effet de lier ce dernier.

Une seconde opinion aboutit à peu près au même résultat pratique; elle attribue au télégramme la valeur d'une copie authentique et cette copie constitue une preuve complète contre l'expéditeur. Ce système se fonde d'une part sur le motif d'utilité pratique invoqué par le système précédent, d'autre part sur cette considération que les employés des télégraphes étant fonctionnaires publics, les documents qu'ils délivrent sont revêtus du caractère d'authenticité par suite le destinataire d'un télégramme doit toujours le supposer identique à la minute et l'expéditeur ne pourra se prévaloir du défaut d'identité.

Cette thèse n'est pas soutenable; l'article 1317 du Code civil indique les magistrats et les officiers publics qui ont le pouvoir de rendre authentiques les actes passés en leur présence et ne parle nulle part des employés au télégraphe; en outre la

transmission des télégrammes ne présente aucune des garanties exigées pour la formation des actes authentiques.

Un troisième système admet que le télégramme n'est qu'une simple copie. Pour arriver à cette solution, on fait ressortir les différences qui existent entre le télégramme et la lettre que l'on peut lire, relire et corriger ; si l'expéditeur veut faire écrire sa lettre par un tiers il peut le choisir à son gré, tandis que la dépêche est transmise par les employés de l'administration sur lesquels il n'a aucune autorité.

Le télégramme n'est donc qu'une simple copie de l'écrit remis par l'expéditeur, copie qui est faite par les employés du télégraphe. Sa valeur juridique est donc celle d'une simple copie faite sans garantie d'aucune sorte pour assurer la reproduction du texte original. Cette solution est celle de la jurisprudence. Alger, 7 avril 1884 (1). « Attendu que ne pouvant méconnaître ces faits, Clément soutient que le télégramme que Guarinos invoque comme une procuration aux fins de lui vendre l'immeuble dont s'agit, ne peut constituer une procuration régulière, que l'article 1985, Code civil porte bien, à la vérité, que le mandat peut être donné par lettre

(1) Alger, 7 avril 1884 (S. 86-2-92, et D. 85-2-189) ; voir aussi Amiens, 11 mai 1854 (S. 62-2-201, et D. 59-2-147 ; et dans la Doctrine, SERAFINI, *Le télégraphe dans ses relations avec la Jurisprudence civile et commerciale*, traduit par LAVEILLE DE LAMELLIÈRE, §§ 15, 25 et suivants.

missive, mais qu'un télégramme ne peut être assimilé à une lettre missive ; cette dernière étant revêtue de la signature du mandant, tandis que le télégramme n'est que la copie faite par l'administration de l'écrit du mandant ».

Nous venons de déterminer la nature du télégramme ; quelles règles faut-il lui appliquer ? Les articles 1334, 1335 du Code civil résolvent cette question, ils déclarent que les copies font foi seulement de ce qui est contenu au titre original. Donc le télégramme pour avoir une valeur juridique doit être la reproduction exacte de l'écrit remis à la poste par l'expéditeur ; dans ce cas, il constitue une preuve complète pourvu que l'identité de la copie avec l'original soit prouvée ainsi que nous l'avons déjà indiqué. Dans cette situation deux hypothèses peuvent se présenter .

La dépêche reçue ne concorde pas entièrement avec l'original et les erreurs commises dans la transmission portent sur des points essentiels. Alors il n'y a pas de contrat, car il n'y a jamais eu de consentement ; il reste seulement à déterminer qui supportera les conséquences de cette erreur ; nous examinerons cette question lorsque nous étudierons les erreurs dans les transmissions télégraphiques.

Au contraire, la dépêche reçue est entièrement conforme à l'original, alors elle prouve comme une lettre et c'est ce qu'indique la Cour d'Alger dans l'arrêt précité.

Un certain nombre de législations étrangères ont édicté des règles spéciales sur cette matière ; règles

qui se rapprochent plus ou moins des nôtres ; tel est le Code de Commerce italien de 1882, articles 45 et 47 ; le Code de Commerce mexicain de 1884, article 728 à 733, et les Codes de Commerce portugais et espagnols.

CHAPITRE VI

Transcription du contrat par télégramme

Nous avons vu que l'on pouvait conclure un grand nombre de contrats par télégramme, mais pour que ces contrats soient opposables aux tiers, il faut qu'ils soient transcrits. Dans quelles conditions a lieu la transcription ?

Cette formalité est facile à remplir lorsque le contrat est constaté par un acte qu'il suffit de recopier sur les registres du conservateur. Mais la question devient délicate et controversée lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu par correspondance, télégrammes ou lettres.

L'article 2181 du Code civil déclare que la transcription consiste dans la copie littérale, sur un registre tenu par le conservateur des hypothèques, du contrat translatif de propriété. Ou l'acquéreur du droit à transcrire ne peut produire que la dépêche d'offre du vendeur, si c'est celui-ci qui a pris l'initiative du contrat ; ou celle par laquelle le

vendeur accepte ses propositions ; ou encore il a les deux télégrammes et la transcription ne sera pas plus facile que s'il n'en avait qu'un, car il n'a que des copies et il n'est pas certain que l'acceptation soit arrivée en temps utile, c'est-à-dire avant la rétractation des offres.

Deux solutions sont proposées pour résoudre cette difficulté.

Une théorie exige que la transcription comprenne toutes les pièces nécessaires pour constater l'accord des parties, c'est-à-dire que cette copie doit renfermer le contrat passé. C'est dans ce sens qu'a statué la Cour de Paris, le 6 Mars 1865 (1). Cette décision déclare que dans les contrats par correspondance, il ne suffit pas de faire transcrire avec la lettre de l'offrant la copie de celle de l'acceptant.

Avant d'examiner les raisons qui ont entraîné la décision de la Cour de Paris, nous allons exposer comment l'affaire s'est présentée devant la Cour. Le sieur Leroy écrit au nommé Biche, le 14 octobre 1863 pour lui proposer la vente d'une maison de campagne. Biche accepte, puis se ravise, et après de nouveaux pourparlers les parties finissent par tomber d'accord. Pour que l'acceptation de Biche ne soit pas douteuse celui-ci la fait signifier à Leroy par huissier et lui fait sommation de passer acte de la vente. Pendant ce temps Leroy s'abouche avec Baulot qui lui fait des conditions plus avantageuses et il lui vend sa propriété. Biche apprend cette

(1) Paris, 6 Mars 1865 (D. 67-2-25).

seconde vente, il fait immédiatement transcrire. Il présente, pour cela, au conservateur des hypothèques, la lettre du 14 octobre 1863 et une copie de la réponse envoyée le même jour, mais il ne fait pas mention de l'acte d'huissier. La transcription de Biche est faite, avant celle du second acquéreur ; celui-ci demande la nullité de la transcription faite par Biche. Le Tribunal de la Seine n'a pas résolu la question ; il a simplement déclaré que la vente faite par Leroy à Biche n'était pas prouvée. Biche a fait appel et la Cour a déclaré la vente parfaite, mais elle annule la transcription. Voici les motifs de l'arrêt sur ce point : « Considérant que le titre translatif de propriété se composait pour Biche non seulement des deux lettres de Leroy du 14 octobre qui contenaient ses propositions de vente, mais encore de la sommation du 17 novembre qui renfermait cette acceptation formelle et indispensable ; que cependant Biche n'a fait transcrire que la première lettre de Leroy et la réponse dont Biche prétend avoir fait suivre cette lettre, d'où il suit que ne s'étant pas conformé à l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855, Biche ne peut, aux termes de l'article 3 de la même loi, opposer son titre à Baulot qui après avoir acheté postérieurement le même immeuble a manifesté et conservé son droit par une transcription régulière ». La Cour conclut que la convention de vente intervenue entre Leroy et Biche était parfaite et qu'elle n'a manqué son effet que faute d'avoir été régulièrement transcrite avant la transcription de la vente indûment faite à Baulot.

Les partisans de cette jurisprudence déclarent que la validité de la transcription implique un acte prouvant l'opération juridique qui a été accomplie. On dit que les lettres d'offre et d'acceptation ne prouvent pas l'opération juridique accomplie et l'on ne trouve pas dans ces lettres l'acte translatif qui est exigé par l'article 1^{er} *primo* de la loi du 23 mars 1855. Le contrat par correspondance doit être assimilé à la convention verbale qui est visée par l'article 1^{er} *tertio* de la même loi et pour transcrire valablement un contrat non écrit il faut obtenir un jugement qui sera transcrit ensuite sur les registres du conservateur.

On ajoute que si la transcription requise par l'acquéreur seul est permise, on autorise une transcription mensongère qui pourra mettre le propriétaire dans l'impossibilité de disposer de sa chose pendant un certain temps.

Enfin, on présente un troisième argument, tiré des travaux préparatoires de la loi de 1855. L'article 3 du projet admettait la transcription par simple extrait, mais cet article a été rejeté; n'est-ce pas là, dit-on, la preuve la meilleure que le législateur n'a pas voulu autoriser la transcription d'un titre incomplet. Il faut donc conclure que la transcription ne peut être faite dans ces conditions. Les partisans de cette doctrine la repoussent avec bien plus de force encore lorsqu'il s'agit de télégrammes, car l'acceptant, qui fait transcrire, n'a que deux copies. Il n'a pas, comme dans l'hypothèse visée, un original.

Cette théorie est combattue par un grand nombre d'auteurs (1), qui déclarent qu'il suffit d'exiger la transcription d'un écrit quelconque constatant les conditions du contrat même s'il ne le prouve pas.

Le télégramme ou la lettre d'offre et d'acceptation ne constituent pas un acte translatif de propriété ; mais qu'a voulu dire le législateur dans l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855 lorsqu'il a assujetti les actes translatifs de propriété à la transcription. En examinant de près la question on voit que la transcription est une formalité matérielle et qu'il est naturel que l'on prenne le mot acte dans le sens d'écrit d'*instrumentum*. Malgré cela l'usage et même le législateur ont employé ce mot pour désigner le fait juridique générateur de droit ; à vrai dire il n'y a pas d'actes pris comme synonymes d'écrit translatif de propriété, car l'écrit n'intervient que pour la preuve, alors que la translation de propriété est déjà consommée par la convention. Ce que la loi désire, avant tout, c'est la publication du transfert de propriété ; l'on arrive le plus souvent à ce résultat, par la transcription de l'acte de vente, mais s'il n'y a pas d'acte, ou en attendant qu'il en soit dressé un, on pourra faire inscrire une pièce quelconque indiquant les conditions du contrat.

(1) AUBRY et RAU. *Cours de Droit civil français*, t. II, § 209, note 9 ; PETIT. *Du Contrat par correspondance*, p. 227 et suivantes ; AUBERT. *Du Contrat par correspondance*, pp. 172 et 173 ; BEUDANT. Note sous l'arrêt de Paris, dans le *Dalloz*, 67-2-25.

Le second argument de nos adversaires est encore moins solide que celui que nous venons de réfuter ; en effet, il déclare qu'un tiers mal intentionné pourrait faire transcrire un acte mensonger et nuire ainsi au véritable propriétaire. Cette objection est chimérique, car le tiers ne pourrait retirer aucun avantage de la transcription, il devrait d'abord en payer les droits à l'enregistrement, et il risquerait en outre d'être poursuivi et condamné à des dommages-intérêts élevés.

Quant à l'argument des travaux préparatoires, il ne prouve pas l'intention du législateur de prohiber la transcription des contrats par correspondance, que faut-il conclure du rejet de l'article 3 du projet ? Que le Conservateur doit transcrire en entier l'acte qu'on lui présente et qu'il ne pourrait pas le transcrire pour partie. Le Conservateur n'a pas pour mission d'apprécier la légitimité de la transcription, il doit rendre public et faire connaître aux tiers l'acte présenté.

La conclusion qui s'impose est donc qu'un contrat formé par télégrammes ou par lettres, peut être transcrit. Que devra-t-on faire transcrire ? Si l'on devait faire transcrire les deux lettres, le plus souvent elle ne pourrait avoir lieu immédiatement et le retard pourrait causer un préjudice ; cette solution est très juridique, mais elle a un défaut grave, c'est d'être inapplicable ou à peu près en pratique ; en effet, il sera très rare que l'acheteur qui a intérêt à faire transcrire ait les deux pièces nécessaires pour le faire. Si c'est l'acheteur qui a fait la pollicitation,

le télégramme d'offres est aux mains du vendeur, l'acheteur ne possède que le télégramme d'acceptation ; dans le cas contraire, il n'aura que la dépêche d'offre mais non celle d'acceptation. Je sais qu'on doit supposer que les parties sont de bonne foi et que l'on pourra réunir les deux documents qui constituent le contrat ; mais alors pourquoi ne pas rédiger un acte sous seing privé que l'on ferait transcrire. Il peut arriver que l'acheteur ait intérêt à transcrire immédiatement, car il peut craindre que le vendeur ne grève le bien vendu de droits réels, et ne livre pas le télégramme qu'il détient, l'acheteur serait livré pieds et poings liés à la mauvaise foi du vendeur. Cela est inadmissible et une théorie qui arrive à une solution pareille, doit être résolument écartée, car elle donne une prime à la fraude.

La plupart des auteurs qui ont étudié la question repoussent cette solution et déclarent qu'il suffit de transcrire un écrit quelconque du moment que cet écrit indique d'une façon suffisante les conditions du contrat. Et pour reprendre d'une façon plus précise le cas qui nous occupe, nous dirons que l'acheteur qui aura fait transcrire la copie de son télégramme d'offre ou le télégramme d'acceptation du vendeur, aura fait certainement la publicité nécessaire pour être à l'abri de toute éviction.

CHAPITRE VII

Des erreurs dans la transmission des télégrammes

Dans la transmission des télégrammes il peut se produire des erreurs de deux sortes. Elles peuvent être commises par l'expéditeur dans la rédaction du télégramme ; la faute qui en résulte lui incombe et il doit en supporter les conséquences. Mais les erreurs peuvent provenir de la négligence ou de l'impéritie du télégraphiste ; il y en a des exemples nombreux. Nous devons rechercher quelles vont en être les conséquences.

D'abord le contrat pourra ne pas exister faute de consentement. Ainsi nous en trouvons un exemple dans un arrêt de la Cour de Lyon du 27 juin 1867⁽¹⁾ où un commissionnaire de Saint-Etienne, nommé Cornu, offre par lettre, le 31 juillet 1866, au sieur Gagey, meunier à Orchamps, de lui vendre 240 sacs de farine à des prix déterminés et la lettre finissait

(1) Lyon, 27 juin 1867 (S. 67-2-194).

par ces mots : « Répondez télégraphiquement si ma proposition peut vous convenir ». La lettre de Cornu devait arriver à Orchamps le lendemain matin et Gagey devait donc faire connaître immédiatement sa pensée ; mais, par suite d'une fausse direction, prouvée par le timbre de l'administration postale où on voit le cachet portant la mention Clermont à Paris, la lettre n'est parvenue à Orchamps que le 2 août et le contrat n'a pas été formé ; car dit la Cour, le marché n'a pu être traité dans le sens conforme à la proposition de Cornu, que celui-ci peut considérer cette acceptation comme tardive et faite en dehors du délai convenu, que dans ces circonstances, aucun concours de volonté et aucun lien de droit n'ont pu se former entre les parties.

Une des parties ayant été dans l'impossibilité de contracter, a pu en subir un dommage. Qui doit supporter le préjudice ? Pour résoudre cette question rationnellement, on doit d'abord se demander quelle est la nature du contrat qui intervient entre l'Administration et le particulier qui envoie un télégramme. On a dit que c'était un mandat. La partie qui se sert du télégraphe se trouve dans la situation de mandant à mandataire. Cette solution me paraît inexacte, et de plus elle viole les principes les plus élémentaires du mandat ; en effet, la caractéristique du mandat est de donner au mandataire le pouvoir de parler et d'agir au nom du mandant ; ici, rien de pareil. De plus, aux termes de l'article 1986 du Code civil, le mandat est, de

sa nature, gratuit. Or, l'Administration touche une rémunération, même assez élevée, pour la transmission des télégrammes.

Je crois, pour ma part, que le contrat qui intervient ici est un louage de services, car il ressemble étrangement à celui du voiturier, qui transporte des marchandises et qui est régi par les articles 1782 à 1786 du Code civil, et 96, 97 et 98 du Code de commerce. Le voiturier est garant de l'arrivée des marchandises et responsable de leur perte ou du retard à les livrer, il est certain que ces règles devraient s'appliquer à l'État si celui-ci ne s'y était soustrait. En effet, l'article 6 de la loi du 8 novembre 1850, sur la correspondance télégraphique privée, s'exprime ainsi : « L'État n'est soumis à aucune responsabilité à raison du service de la correspondance privée par la voie télégraphique ». Cette disposition a été reproduite par presque tous les États qui ont établi le monopole des télégraphes. Au contraire, dans les pays où des Sociétés privées font le service télégraphique, par exemple aux États-Unis, elles sont responsables de toutes les erreurs qui se commettent dans la transmission des dépêches.

Ici se pose une question délicate qui s'est présentée devant le tribunal de Bar-sur-Seine (1). La disposition de l'article 6 de la loi du 27 novembre 1850 proclame, ainsi que nous venons de l'indiquer, l'irresponsabilité de l'État à raison des erreurs com-

(1) Tribunal de Bar-sur-Seine, 28 Décembre 1896 (S. 97-2-151 et D. 97-2-394).

mises dans la correspondance télégraphique ; peut-on invoquer cette disposition dans une action intentée contre une commune dans laquelle existe un bureau télégraphique municipal.

Le demandeur qui réclamait la réparation du préjudice causé par la transmission tardive d'une dépêche, soutenait que l'article 6 de la loi de 1850 ne pouvait pas être appliqué car, disait-il, cet article vise uniquement l'État et il ne peut être invoqué par la commune où il existe un bureau municipal quand les agents sont en faute. Celle-ci est donc responsable du préjudice causé en vertu des articles 1382 et 1384 du Code civil, suivant que la commune est assignée comme directement responsable ou seulement comme civilement responsable de la faute de son préposé.

Cette prétention du demandeur est-elle fondée ?

Pour élucider cette difficulté, il faut rechercher dans quelle mesure les communes interviennent dans la désignation des agents chargés du service télégraphique dans les bureaux dits municipaux. L'organisation de ces bureaux n'est pas uniforme, elle varie avec l'importance des communes. Il y a deux sortes d'agents, le préposé au bureau télégraphique et le piéton qui porte les dépêches.

La loi du 6 décembre 1873 paraît décider, dans son article 41, que le préposé est un employé de l'État car elle déclare : « 1° Les agents du service des postes seront chargés du service télégraphique des bureaux dénommés municipaux et autres d'ordre inférieur ».

Dans la pratique, l'Administration ne nomme pour ces bureaux que le receveur ou le facteur-chef; mais il y a des communes où c'est un simple gérant qui administre le bureau et alors il est nommé par la commune et admis après enquête du Directeur des Postes. Il faut voir là des pratiques administratives qui ne sont fixées dans aucun texte officiel.

Quant au porteur de dépêches, c'est le receveur ou le gérant qui le choisit et il en est responsable.

Quelle est la situation du bureau qui nous occupe ? Le bureau de Cufin est dirigé par un facteur-chef ou un receveur, car le jugement déclare que l'État a payé une partie de l'installation, qu'il a fourni les appareils, qu'il s'est chargé de l'installation et du contrôle et qu'il touche le prix des télégrammes; aussi le jugement a rejeté la prétention du demandeur par les motifs suivants : « Attendu qu'aux termes de la loi des 29 novembre et 9 décembre 1850, article 6, l'État n'est soumis à aucune responsabilité à raison de la correspondance privée par voie télégraphique ;

Attendu que l'esprit qui a fait insérer dans la loi cette irresponsabilité s'applique à tout service télégraphique de l'État ou relié directement à celui de l'État ; on n'a pas voulu, par prudence, que celui-ci put se trouver actionné pour erreurs ou fautes dans les transmissions, dont il est impossible de se garantir d'une manière absolue ; c'est ce qui a fait dire au rapporteur de la loi que c'eût été un véritable danger en regard d'une modique taxe de ne point mettre l'État à l'abri d'une

responsabilité qui pouvait avoir les plus grandes conséquences pour le Trésor ».

Le recours contre l'Etat étant impossible, la partie lésée va-t-elle avoir action contre l'employé qui a commis la faute. Un arrêt de la Cour d'Amiens du 11 mai 1854 (1) admet la négative : « Attendu qu'aux termes des articles 1109 et 1110 Code civil qui appartiennent au titre des dispositions communes, à tous les contrats, l'erreur vicie tous ceux qui en sont infectés et autorise à en demander la rescision, que dès lors l'acte fait par un mandataire en vertu d'une copie du mandat erroné doit être considéré comme non avenu s'il dépasse les pouvoirs déterminés par l'original même du mandat qui lui avait été donné ; que ces principes doivent recevoir leur application non seulement entre le mandant et son mandataire, mais aussi à l'égard des tiers envers lesquels le mandant ne peut jamais être engagé au-delà des termes du mandat qu'il a réellement donné et que dans un cas semblable ces tiers ne peuvent réclamer contre le mandant aucun dommage quelconque à raison d'un fait auquel il est entièrement étranger et qu'on ne peut pas lui imputer de n'avoir pas prévenu par le moyen peu usité de la recommandation de la dépêche ; que la responsabilité de ce fait aurait dû peser uniquement sur les agents télégraphiques, s'ils n'étaient pas déclarés irresponsables par la loi ».

(1) Amiens, 11 mars 1854 (D. 59-2-147 et S. 62-2-201).

Cette solution est absolument inadmissible et l'on peut se demander en vertu de quel texte la Cour d'Amiens a proclamé l'irresponsabilité des employés, alors que dans la loi de 1850 le législateur a eu soin de dire que l'Etat était irresponsable ; il n'a pas parlé des employés c'est donc qu'ils restent soumis au droit commun, c'est-à-dire à l'article 1382 du Code civil, c'est du reste ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1876 (1) qui déclare que les employés sont responsables non comme mandataires de l'Etat, mais seulement à raison des fautes qui leur sont imputables.

Ce recours, il faut bien le reconnaître, sera le plus souvent sans effet ; il faudra d'abord découvrir le coupable et cela pourra être difficile dans les bureaux où il y a un personnel un peu nombreux ; puis le coupable trouvé il arrivera que la plupart du temps il sera dans l'impossibilité de désintéresser la victime de sa faute.

Supposons que l'employé responsable puisse désintéresser la victime, quelle juridiction va être compétente. Sera-ce le Tribunal civil ou la juridiction administrative ? La juridiction administrative serait compétente si c'était l'Etat ou l'Administration des postes (2) qui était mise en cause, mais ici comme c'est un simple employé de cette Administration, et qu'il est poursuivi pour une faute per-

(1) Cass. 3 janvier 1876 (D 76-1-221).

(2) Voir Conseil d'Etat du 3 août 1861 (D. 62-3-4).

sonnelle, la juridiction civile sera compétente (1) ; c'est du reste la solution admise par un arrêt du Tribunal des Conflits du 7 juin 1873 (2) : « Considérant que c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de statuer sur les actions en dommages-intérêts intentées contre les agents de l'Administration à raison des faits qui leur seraient personnels par l'application de l'article 1382 du Code civil ».

Il en résulte que le recours contre l'État étant impossible, et que celui contre les employés étant souvent illusoire, ce sera les parties qui devront payer les fautes de l'Administration. Sur ce point, trois systèmes ont pris naissance. L'un déclare que c'est l'expéditeur du télégramme qui subira tout le dommage ; un autre le met à la charge du destinataire de la dépêche et le troisième le fait supporter aux deux parties.

Le premier système, et c'est, il faut bien le dire, celui qui compte le plus d'adhérents dans la doctrine, et la jurisprudence, déclare que l'expéditeur est toujours responsable du préjudice et au premier abord, ses arguments paraissent convaincants ; examinés de près, ils ne résistent pas à la critique (3).

(1) Voir Conseil d'État du 29 Mars 1853 (D. 53-3-55), Conseil d'État, 6 décembre 1855 (D. 59-3-34).

(2) Tribunal des Conflits, 7 juin 1873 (S. 75-2-157 et D. 74-3-4).

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, t. III, § 23. RIPERT, *Essai sur la vente commerciale*, p. 231. Tribunal de Commerce de Caen, 28 mai 1856. (*Journal des Tribunaux de Commerce*, 1856, p. 424). Tribunal de Commerce de la Seine, 28 Mai

Le fait de choisir le télégraphe dit-on, constitue sinon une faute même très légère, du moins une négligence suffisante pour faire tomber les risques de l'opération à la charge de l'expéditeur ; c'est ce qu'a indiqué le Tribunal de Charleroi dans les motifs suivants : « Attendu, quant à l'erreur invoquée par la défenderesse, qui aurait été commise dans la transmission et la délivrance du télégramme, que le demandeur y étant complètement étranger, elle ne peut lui porter préjudice ; qu'au contraire la défenderesse ayant choisi elle-même le mode suivant lequel la vente a été par elle proposée et dans l'emploi duquel cette erreur s'est produite, il est rationnel de lui en faire supporter les conséquences ».

On essaye encore de justifier cette théorie en assimilant les rapports de l'expéditeur avec l'administration à ceux de mandant à mandataire.

Enfin, on ajoute que la solution contraire jetterait la perturbation dans le commerce, car le destinataire du télégramme devrait vérifier s'il n'y a pas eu d'erreur de transmission et cette vérification entraînerait une perte de temps qui pourrait faire manquer l'opération, il y a du reste un moyen d'éviter cette difficulté, c'est de faire collationner le télégramme.

Je repousse cette théorie comme contraire à la

1856 et 28 janvier 1858 (*Répertoire Dalloz*: verbo, *télégraphie*, § 89).
Tribunal de Commerce de Marseille (R. Marseille 1860, 1-67).
Tribunal de Charleroi 12 février 1875 (*Journal de Droit international privé*, 1875, p. 309 et *Pasicrisie*, 75-3-111).

nature des faits. En effet, nous voyons tous les jours des contrats se former par télégramme et l'on ne prend jamais la précaution de faire collationner la dépêche, du reste la Cour d'Amiens dans son arrêt du 11 mai 1854 (1); déclare que l'on ne peut voir une faute dans le fait de ne pas avoir fait collationner un télégramme, car c'est un moyen peu usité dans la pratique.

L'argument de cette théorie, qui repose sur l'idée de mandat, ne résiste pas à l'examen; en effet, nous avons déjà montré que le contrat, qui se formait entre l'expéditeur et l'Administration, n'était pas un mandat, mais un louage de service. Du reste, même si l'on admettait que le contrat formé fut un mandat, rien ne justifierait la responsabilité dont on veut charger l'expéditeur, car l'article 1998 du Code civil est ainsi conçu : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ». Il est certain que l'expéditeur ne donne pas mandat à l'Administration de dénaturer les termes de la dépêche, il la charge au contraire de la transmettre et il ne peut être responsable des erreurs qu'elle commet.

Enfin, le premier argument de cette théorie est absolument inadmissible et l'on ne peut dire que l'on commet une négligence en envoyant une dépêche, alors qu'on la donne à la seule administration qui puisse en assurer le transport. Il est

(1) Amiens, 11 Mars 1854 (S. 62-2-201 et D. 59-2-147).

certain que le télégraphiste peut modifier et dénaturer la pensée de l'expéditeur ; mais c'est le mode que tout le monde emploie pour correspondre, même l'État. De plus, dans le Droit commercial, où les affaires se traitent avec grande célérité, l'emploi du télégraphe est d'un usage constant et si nécessaire que, sans cela, beaucoup d'affaires ne pourraient être conclues, car, très souvent, un commerçant reçoit des lettres où on lui dit : si vous acceptez le marché, répondez immédiatement par télégramme, et l'on ne peut raisonnablement faire retomber sur l'expéditeur une responsabilité aussi rigoureuse.

Le second système (1) déclare que, puisque l'État n'est pas responsable, la victime doit se retourner contre l'employé qui a commis la faute ; mais ce recours peut être inefficace par suite de l'insolvabilité de celui-ci, qui devra supporter la perte ? La partie lésée. De cette façon, le destinataire aura presque toujours à subir le préjudice ; mais, dit-on, cela est plus logique parce qu'il exécute le contrat d'après les termes de la dépêche qu'il reçoit, et approuve par suite, le mode employé pour contracter. Il pourrait exiger la confirmation de la dépêche, en ne le faisant pas, il commet une faute et il ne peut en rendre responsable l'expéditeur.

Cette solution, bien meilleure que la précédente, paraît cependant critiquable, car on ne peut faire

(1) HEPP. *De la Correspondance privée*, § 116. — Tribunal de commerce de Nantes, 27 juin 1885 (R. Nantes, 85-1-241).

grief au destinataire d'exécuter un ordre qu'il a reçu; si dans la dépêche il s'est glissé une erreur, il ne peut s'en rendre compte, aussi rejettons-nous cette théorie.

Il existe une troisième opinion (1). Elle écarte résolument les principes généraux et déclare que le préjudice doit être subi, soit par le destinataire, soit par l'expéditeur, soit par les deux, conjointement. Ce système décide que c'est une question de pur fait, qui doit être laissée de la manière la plus large à l'appréciation des tribunaux. Le juge devra rechercher, puisque l'Administration est irresponsable et l'employé fautif insolvable, si l'une des parties n'a pas commis une faute quelconque, même très légère, car alors cela a pu entraîner l'erreur de l'Administration, et l'équité exige que ce dernier subisse tout le dommage qu'il aura causé.

(1) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de Droit commercial*, t. III, § 23, paraissent adopter ce système. — Tribunal de commerce d'Anvers, 20 mars 1876 (*Journal de Droit international privé* 1876, p. 487, et *Jurisprudence d'Anvers* 1876, 1-253).

APPENDICE

Télégraphie sans fil

Nous en aurions fini avec le télégraphe, si depuis quelques années le monde ne possédait un nouveau moyen de communiquer, et par suite, de contracter : la télégraphie sans fil. Elle consiste dans la transmission d'ondes électriques intermittentes qui se comportent à travers l'espace comme les ondes lumineuses. Les deux éléments essentiels de ce moyen de communication sont : l'antenne, qui amplifie considérablement la portée des ondes et joue le rôle de ligne, et le cohéreur, qui est l'appareil récepteur.

Ce moyen de correspondance s'est vite perfectionné et le législateur est intervenu. Le droit sur cette matière est condensé dans trois décrets : le premier du 27 février 1904 qui fixe le régime administratif des postes côtiers de télégraphie sans fil ; un décret du 28 septembre 1904 autorisant l'échange

des télégrammes privés entre les navires en mer et les stations radiotélégraphiques situées sur le littoral de la France, de l'Algérie et de la Tunisie ; enfin le décret du 5 mars 1907 relatif à l'établissement et à l'exploitation des postes de télégraphie sans fil, destinés à l'échange de la correspondance officielle ou privée.

Les décrets du 28 septembre 1904 et du 5 mars 1907, car celui du 27 février 1904 a été abrogé par ce dernier, contiennent une réglementation administrative qui ne touche pas au fond du droit, et n'ont par suite, apporté aucune modification aux règles indiquées précédemment.

Nous allons donc examiner brièvement les mesures prises par le législateur. Les décrets ci-dessus interdisent l'établissement de postes de radiotélégraphie sans l'autorisation du Ministre de la Marine ou de la Guerre. On divise les postes établis en quatre groupes : stations commerciales, stations maritimes, stations militaires, stations des phares et balises.

Les stations spéciales au service commercial sont établies, entretenues et exploitées par l'Administration des postes et des télégraphes. Les stations spéciales à la marine de guerre sont dirigées par le Ministère de la marine. Les stations spéciales aux communications militaires sont exploitées par l'Administration de la guerre. Les stations spéciales aux phares et balises sont entretenues par le Ministère des travaux publics des postes et des télégraphes.

Une Commission technique interministérielle est constituée, elle est composée d'un certain nombre de délégués techniques, des Ministères compétents ; elle examine à titre consultatif les emplacements et conditions afférentes à toutes stations destinées à constituer le réseau radiotélégraphique français. La Commission doit examiner les réclamations d'ordre techniques, relatives au service radiotélégraphique qu'elles émanent de l'État, des particuliers ou des puissances étrangères ; enfin elle doit faire faire des expériences.

Hors le temps de guerre, toutes les stations sont ouvertes aux correspondances privées. L'Administration y met-elle des conditions ? Non, les formalités à remplir sont les mêmes que pour les télégrammes ordinaires, on exige seulement que l'on fasse précéder l'adresse du mot radiotélégramme.

Les télégrammes envoyés par ce procédé aux navires en mer, doivent indiquer le nom, le numéro officiel des bâtiments et leur nationalité. En plus de la taxe radiotélégraphique qui est de 0 fr. 75 le mot, on perçoit la taxe ordinaire pour le trajet terrestre. Les deux taxes sont perçues sur l'expéditeur pour les télégrammes adressés aux navires en mer, et sur le destinataire pour les télégrammes émanant des navires en mer.

Si le radiotélégramme ne peut être transmis pour une cause quelconque, on remboursera le prix à l'expéditeur, mais l'Administration garde le prix du parcours terrestre.

Les seuls télégrammes spéciaux qui sont admis sont : les télégrammes « priorité », les télégrammes urgents, les télégrammes avec collationnement, les télégrammes avec accusé de réception télégraphique et postal.

Telle est la législation actuelle de la télégraphie sans fil ; on voit qu'elle n'a apporté aucune modification aux questions soulevées par l'usage du télégraphe ordinaire. Les règlements nouveaux ont amené quelques différences de formes qui viennent des nécessités de la transmission.

Les Contrats par Téléphone

Le téléphone est une application plus récente de l'électricité que le télégraphe et les avantages du contrat téléphonique sont opposés à ceux qui naissent du contrat télégraphique, c'est du reste ce que nous indique M. Vidal (1) : « Le téléphone, dont l'application pratique se répand déjà et se généralise dans les deux mondes, ne remplacera pas le télégraphe pas plus que la voix ne saurait remplacer l'écriture ; il est cependant destiné à un rapide accroissement, parce que plus instantané que le télégraphe il transmet directement la communication à l'oreille du destinataire sans passer entre les mains d'employés, parce qu'il a tout l'avantage d'une conversation, supprime toute distance et rend présentes l'une à l'autre par l'ouïe deux personnes éloignées, enfin offre sur une simple et froide communication écrite, qui ne permet ni explication, ni discussion rapide, l'avantage d'une conversation vivante et animée avec tous ses développements, ses interruptions, ses objections, ses réponses, sa discussion interrompue et sa conclusion rapide ».

(1) VIDAL. *Le téléphone au point de vue juridique*. (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, t. XXXIII, p. 230).

Le téléphone est une invention récente, car la découverte de Graham Bell date de 1877, mais il n'a commencé à entrer dans la pratique que vers 1880. Depuis ce moment la législation existante a été souvent l'objet de modifications. L'exploitation des téléphones fut d'abord confiée à une société particulière, la Société générale des téléphones, mais la loi du 16 juillet 1889 décida de racheter les réseaux exploités par cette compagnie et de les confier à l'Etat. Depuis lors le nombre des décrets s'est multiplié ; la plupart d'entre eux n'ont d'autre but que de modifier la taxe téléphonique, réduire le prix de l'abonnement, etc.

Le législateur ne s'est pas occupé, et il faut le regretter, de trancher les difficultés que la formation du contrat peut faire naître.

Notre étude sera divisée en trois chapitres :

Chapitre I^{er}. — Nature et formation du contrat par téléphone.

Chapitre II. — De la preuve du contrat par téléphone.

Chapitre III. — Des erreurs possibles dans les contrats par téléphone.

CHAPITRE I^{er}

Nature et Formation du contrat par Téléphone

La nature juridique du contrat par téléphone est particulièrement délicate à déterminer et elle a donné lieu à de vives discussions qui ont donné naissance à plusieurs théories.

Une opinion soutient que cette convention est un contrat entre présents, car, dit-on, les contrats entre présents sont ceux dans lesquels les deux parties se communiquent leurs volontés et aussitôt que l'une est exprimée l'autre partie en a connaissance et peut y répondre. Dans les contrats entre absents, au contraire, il s'écoule toujours un temps plus ou moins long avant que la manifestation de volonté de l'un des contractants arrive à la connaissance de l'autre. On peut résumer ceci en disant que ce qui différencie ces deux sortes de contrats c'est la simultanéité des déclarations de volonté.

Les contrats conclus par téléphone ont cette

simultanéité, on doit dès lors les considérer comme des contrats entre présents.

Cette théorie a été soutenue en Italie par le professeur Gabba (1), puis reprise par MM. Lyon-Caen et Renault (2) qui déclarent : « Il semble qu'on doit à ce point de vue, tout au moins traiter aussi comme présentes les parties qui se trouvent ou qui ne se trouvent pas dans la même ville ou dans le même pays qui communiquent ensemble à l'aide du téléphone. Les parties, bien que séparées par une distance plus ou moins grande, sont en communication directe l'une avec l'autre et peuvent faire connaître instantanément leurs volontés comme si elles étaient réellement en présence l'une de l'autre ». Cette opinion a été reprise récemment par M. Rossel (3) : « Il semble qu'on ne puisse répondre qu'affirmativement puisque aussi bien la situation est la même que si elles se trouvaient en face l'une de l'autre ».

Pour ma part je pense que la situation n'est pas la même que si les parties se trouvaient face à face et malgré l'autorité des jurisconsultes qui défendent ce système je ne puis l'accepter, car il ne me paraît pas bon. On peut répondre facilement à l'argument qui déclare que le contrat a lieu entre présents Pour qu'il y ait contrat entre présents,

(1) GABBA. *Giornale delle leggi*, § 40.

(2) LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de Droit commercial*, t. III, § 19 bis.

(3) ROSSEL. *Manuel du Droit Fédéral des obligations*, § 28.

deux conditions sont nécessaires, il faut que l'expression de la pensée de l'une des parties et sa perception soient simultanées, il faut de plus que les parties se trouvent à ce moment dans le même lieu. Or, elles ne s'y trouvent pas, elles peuvent même être très éloignées, l'une à Caen l'autre à Bordeaux ou à Marseille. Aussi certains auteurs voient-ils dans ce contrat une véritable convention entre absents, car disent-ils, le téléphone est comme le télégraphe, un intermédiaire (1).

Les deux systèmes que nous venons d'examiner sont trop absolus et il y a place pour un système intermédiaire qui décide que notre contrat ne doit être rangé d'une façon absolue ni parmi les contrats entre présents, ni parmi les contrats entre absents (2).

Dans ce contrat, en effet, l'offre et l'acceptation se font bien sans solution de continuité, mais les parties ne sont pas en présence, il manque donc à cette convention l'une des conditions du contrat entre présents. Ce n'est pas non plus un contrat

(1) VIDARI, *Giornale delle leggi*, §§ 42 à 46 ; AUBERT, *Des contrats par correspondance*, p. 187.

(2) NORSI, *Il telefono e la Legge*. VIDAL, *Le Téléphone au point de vue juridique* (*Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XXXIII, p. 316 à 310). GIRAULT, *Des Contrats par correspondance*, p. 164. VALERY, *Des Contrats par correspondance*, § 62. BEAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des Obligations*, t. I, § 40. DOURDIN, *De la preuve des Contrats par correspondance*, p. 96. MAUMUS, *Des Contrats par correspondance*, p. 156 et 157.

entre absents, il faut donc dire que c'est un contrat spécial qui semble tenir un juste milieu entre les deux. Aussi certains auteurs, et parmi eux M. Norsa, déclarent que ce contrat qui ne rentre dans aucun de ceux prévus et réglementés par les lois, doit être abandonné tout entier à l'appréciation des tribunaux. M. Vidal (1), proteste contre cette thèse, il déclare : « la solution de M. Norsa nous paraît indigne d'un jurisconsulte comme lui, nous ne saurions l'accepter et dissimuler le danger qu'elle paraît présenter ». De son côté, M. Girault (2), fait les mêmes critiques à M. Norsa ; voyons quels arguments on oppose à ce jurisconsulte.

Laisser à l'arbitraire du juge, dit-on, une question de droit, c'est amener une diversité de solutions sans contrôle ni réglementation possible ; du reste, cela ne peut avoir lieu, car il existe des principes généraux en matière de contrats que toute convention doit respecter. Enfin, on peut tirer un argument d'analogie des contrats par télégramme ; ces contrats, en effet, ne sont pas prévus par les Codes et pourtant tout le monde admet sans conteste que le Juge doit suivre, en plus de l'équité naturelle, les principes généraux des conventions.

Quelles règles faudra-t-il appliquer aux contrats par téléphone. Je ne crois pas, ainsi que le pense

(1) VIDAL, *Le téléphone au point de vue juridique*. (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, t XXXIII, p. 318).

(2) GIRAULT, *Des Contrats par correspondance*, § 165, p. 254.

M. Norsa, qu'on devra appliquer des règles spéciales, mais j'estime qu'on devra suivre tantôt les principes des contrats entre absents, tantôt ceux des contrats entre présents. Appliquons la proposition que nous venons de présenter.

Un des éléments du contrat entre absents résulte du défaut de simultanéité de volonté des parties ; il s'écoule un certain délai entre l'offre et l'acceptation. Dans la convention par téléphone, cela n'existe pas et on doit suivre les règles du contrat entre présents, car l'acceptation aussitôt formée, est connue du proposant et la rétractation est désormais impossible ; il en est de même pour l'offre.

Le contrat peut être formé par deux personnes habitant la même ville ou des localités éloignées, cela n'a pas d'importance, mais je peux contracter avec quelqu'un résidant à Bruxelles, à Berlin ou à Rome ; il faut alors se demander en quel lieu le contrat sera formé. Cette question très délicate a donné lieu à plusieurs systèmes.

M. Surville (1) dans le *Journal de Droit international privé* déclare qu'il assimile le contrat par téléphone aux contrats télégraphiques ou par lettres, et voici les règles qu'il pose : « Les pourparlers entre les parties peuvent être plus ou moins longs,

(1) SURVILLE, *Du Contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux* (*Journal de Droit international privé*, 1891, p. 371 et suivantes).

mais quelle qu'en soit la longueur et la complication, nous croyons que par interprétation de la volonté des deux parties, le contrat par correspondance doit obéir, non pas toujours à la loi nationale de l'auteur de l'offre, mais à la loi nationale de celui qui, tout compte fait, a joué le rôle prépondérant dans le contrat et dicté la loi à laquelle l'autre partie, par son acquiescement, doit être censé souscrire ». Cette théorie a été admise par la Cour provinciale de la Gueldre (1) le 14 juillet 1871. Dans l'hypothèse qui se présentait devant les juges de Groningue, il s'agissait de lettres échangées, mais si l'on admet que le téléphone est un contrat par correspondance, on ne peut voir là de différence sensible. Cette théorie doit être repoussée ; elle a le grave inconvénient d'être par trop flottante et elle amènera fréquemment des discussions ; il sera souvent difficile de savoir quelle partie a acquiescé aux conditions de l'autre, car, généralement, chacune des parties fait des concessions, et, avec ce système, pour savoir quel tribunal est compétent, il faudra commencer par plaider pour faire déterminer comment le contrat a été formé et qu'elle a été la partie qui a accepté les conditions de l'autre ; cela est inadmissible.

Une autre théorie a été soutenue par M. Rossel (2),

(1) *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1872, § 36, p. 659.

(2) ROSSEL, *Manuel du Droit fédéral des Obligations*, § 28 *in fine*, p. 50.

qui déclare que « le cas n'est pas prévu et paraît insoluble. Il faudra vraisemblablement, à défaut d'une intention contraire des parties, appliquer la loi du lieu où l'exécution sera demandée ». Cette solution me paraît injustifiable, car il pourrait en résulter un empressement exagéré à demander l'exécution, et on peut supposer que les deux parties la demanderaient en même temps, alors on tomberait dans des difficultés inextricables. Aussi, une troisième théorie s'est fait jour en appliquant les règles du contrat entre absents; car, à ce point de vue, notre contrat est un contrat entre absents. Nous avons admis que le contrat n'est formé qu'au moment même où l'acceptation est déclarée, c'est donc en ce lieu, s'il s'élève des difficultés, qu'elles devront être tranchées, et cette solution a l'avantage de se conformer aux principes généraux sur la compétence. Le lieu de la formation du contrat variera suivant la théorie que l'on adoptera sur le moment de formation du contrat. Mais cette question pourra ne pas se présenter, car il se peut très bien, et dans la pratique il arrivera assez souvent, que les parties, en contractant, fixeront le tribunal compétent pour éviter toute difficulté à cet égard.

Il reste une question à se poser : l'État, exploitant le réseau téléphonique, quel est le caractère de l'abonnement au téléphone ? Le contrat, qui se forme entre l'État et le particulier qui s'abonne, est un louage de service, et l'on peut appliquer les règles de la tacite reconduction édictée par les articles 1738 et 1759 du Code civil. En effet, ce

louage a bien le caractère de louage de service, car l'État loue au particulier l'usage du téléphone pendant une durée que les parties contractantes fixent entre elles, tout comme dans un louage de service ordinaire (1).

(1) Cette solution est celle de la *Jurisprudence*, voir l'arrêt de Nancy, du 9 mai 1896 (S. 98-2-281); voir aussi l'arrêt plus ancien de Paris, du 21 avril 1887 (S. 89-2-51).

CHAPITRE II

De la preuve du Contrat par Téléphone

Nous avons vu les avantages du contrat par téléphone, qui permet de traiter avec célérité et en un seul trait de temps, des contrats qui nécessitaient des délais plus ou moins longs, pour être formés suivant que l'on employait le télégramme ou la lettre. Le téléphone a aussi de graves inconvénients, car il ne laisse aucune trace de la convention qui a pu se former, et rend par suite, délicate la preuve à administrer. On peut, dit-on, invoquer le témoignage des employés du téléphone ; mais que prouvera-t-il ? Il indiquera qu'à tel jour et à telle heure, les deux personnes indiquées ont communiqué ensemble ; mais n'ayant pas entendu les paroles échangées, ils ne pourront fournir la preuve qu'aucune convention soit formée.

Si le contrat a lieu entre commerçants, la preuve testimoniale pourra toujours être admise, mais si la difficulté à trancher est portée devant un Tri-

bunal civil, la preuve par témoins sera permise jusqu'à 150 francs, mais au-dessus il faudra une preuve par écrit. L'article 1348 déclare que l'on pourra toujours faire la preuve par témoins quand on sera dans l'impossibilité matérielle d'avoir une preuve littérale, et il semble que ce cas se produira souvent. M. Dourdin (1) trouve cette solution exagérée, car dit-il, le seul fait de s'être servi du téléphone, n'entraîne pas pour conséquence l'impossibilité d'une preuve littérale, il y a toujours le serment.

Cette solution nous paraît contraire à l'esprit de la loi, car le législateur a voulu que le serment fut déféré seulement dans le cas où aucun autre mode de preuve n'était possible.

S'il y avait des témoins au moment où la communication a eu lieu ; ils n'ont entendu qu'une partie de la communication, leur témoignage serait forcément incomplet. L'administration de la preuve pourra être facilitée par la présentation des registres des marchands.

Dans la situation actuelle, le contrat par téléphone donne donc lieu, au point de vue de la preuve, à de grandes difficultés. Elles pourraient être supprimées, si l'on employait le téléphonographe de M. Charles Tainter. Cette invention a pour but d'enregistrer, soit au départ, soit à l'arrivée, les communications échangées. D'ailleurs, la transcrip-

(1) DOURDIN, *De la preuve des Contrats par Correspondance*, pp. 97 et 98.

tion du contrat par téléphone donne lieu à des difficultés. Tout dépend de l'idée que l'on a sur la possibilité de la transcription de la vente verbale. Mourlon (1) admet l'affirmative; voici ses arguments. Une chose est certaine, c'est que la vente, quoique verbale, n'empêche pas la propriété d'être transférée puisque la loi a pris soin de l'affranchir de la formalité de l'écriture. L'acheteur doit chercher à mettre la vente qu'il vient d'accomplir à l'abri des actes par lesquels son vendeur pourrait tenter de l'anéantir. Mais dans l'espèce un obstacle se présente qui empêche d'employer les voies ordinaires, c'est le fait que la vente a été conclue oralement; il s'agit de savoir si cette impossibilité de fait laissera l'acheteur absolument désarmé où s'il pourra trouver un secours dans la loi. L'article 558 du Code de procédure civile nous fournit un élément de décision en ce sens il déclare que si pour saisir et arrêter les biens de son débiteur, il faut un titre, le législateur indique une exception, pour le cas où le plus léger retard pourrait lui être préjudiciable, et il lui permet d'agir, sans titre, en demandant à la justice l'autorisation d'agir. Mourlon déclare qu'entre cette espèce et la nôtre il n'y a pas de différence et qu'alors on doit transcrire. Mais cette vente ainsi transcrite ne sera opposable aux tiers qu'autant que l'acheteur aura fait dans la suite

(1) MOURLON. *Traité théorique et pratique de la transcription*, t. I^{er}, p. 26.

reconnaître en justice l'existence et la validité de cette vente.

Cette théorie hardie et ingénieuse n'a pas triomphé et elle ne devait pas triompher ; car elle se heurte aux articles 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855 qui soumettent à la transcription « tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée » ; c'est-à-dire qui transfère la propriété ou les droits réels susceptibles d'hypothèque. La loi n'indiquant pas que le jugement qui déclare l'existence de la convention verbale comme susceptible de transcription, on ne peut y substituer une déclaration de la partie qui aurait intérêt à la transcription (1).

Si le téléphonographe entrait dans la pratique il fournirait certainement une preuve du contrat, mais serait-elle suffisante pour permettre la transcription. La question me paraît très délicate à cause des articles de la loi de 1855 ; j'estime cependant qu'il y aurait là un titre suffisant pour transcrire.

(1) Voir FLANDIN. *De la transcription en matière hypothécaire*, t. 1^{er}, § 76 et suivants.

CHAPITRE III

Des erreurs possibles dans les Contrats par téléphone

Les erreurs qui peuvent se produire dans ces contrats, sont absolument différentes de celles qui peuvent naître des communications télégraphiques. L'erreur la plus fréquente, est celle de l'identité des contractants et elle se comprend facilement ; d'abord les parties ne se voient pas, puis le téléphone altère sensiblement le timbre de la voix pour reconnaître, quelquefois difficilement, la personne qui communique avec vous ; enfin, la preuve de cette fraude est difficile à faire, et du reste, les lois pénales ne la répriment pas. En effet, les articles 145 et suivants du Code pénal, punissent toute personne qui a commis un faux dans un acte écrit. Ces textes peuvent s'appliquer à des faux commis dans un acte écrit, dans une lettre ou dans un télégramme, mais ils ne comprennent pas la correspondance

téléphonique qui est verbale (1). Tout au plus le délinquant pourrait être poursuivi pour escroquerie si, donnant un faux nom, il arrivait à obtenir un avantage de la personne avec laquelle il est en communication.

Nous venons de voir comment le téléphone permet assez facilement la substitution d'une personne à une autre ; étudions maintenant comment on peut faire la preuve de l'identité des contractants. Une personne demande l'exécution d'un contrat qu'elle prétend avoir été formé par téléphone, le correspondant nie le contrat. Comment le demandeur va-t-il faire sa preuve, car il y est obligé par l'article 1315 du Code civil : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». C'est donc l'individu qui réclame l'exécution à prouver l'identité de son correspondant. Mais il faut faire une distinction (2) ; un tiers s'est-il servi, sous le nom de l'abonné, de l'appareil de transmission dont l'usage est exclusivement réservé à ce dernier, en vertu de l'article 2, paragraphe 2 du décret du 31 mai 1890 : « Ce droit (de correspondre) ne peut être exercé que par le titulaire de l'abonnement, ses employés et les personnes habitant avec lui ; l'abonné est donc présumé être l'auteur de la communication ». Il devra dès lors prouver qu'il n'a pas été le correspondant du demandeur, s'il ne peut

(1) Voir dans ce sens VIDAL, *Le téléphone au point de vue juridique*, p. 321. NORSA, *Il telefono e la lege*.

(2) VIDAL, *Le téléphone au point de vue juridique*, p. 321.

arriver à administrer cette preuve, le contrat sera validé et l'abonné sera lié par un contrat auquel il n'aura pas pris part. Cette solution est juste, car il est certain que l'abonné a été négligent; s'il prouve qu'un tiers s'est substitué à lui, le contrat sera inexistant; mais la responsabilité de l'abonné restera engagée et il devra réparer le préjudice que sa faute a pu causer.

Il peut arriver que les contractants ne soient pas abonnés; ils peuvent recourir aux appareils que l'Administration met à la disposition du public et ce sera à celui qui demandera l'exécution à prouver l'identité de l'autre partie, preuve qui sera le plus souvent impossible à faire en raison des circonstances dans lesquelles la communication a lieu.

A côté de cette erreur qui est la plus importante au point de vue juridique, il peut y avoir des erreurs dans la mise en communication, etc., qu'elle est la responsabilité de l'Etat. Ici nous ne rencontrons pas une loi comme en matière télégraphique qui proclame l'irresponsabilité absolue de l'Etat; mais celui-ci stipule dans les contrats d'abonnement qu'il passe avec les particuliers qu'il ne répondra jamais d'une erreur ou d'un retard provenant du fait de ces employés et avec cette clause on arrive aux mêmes conséquences que si un texte législatif proclamait son irresponsabilité. Mais il n'a pas encore trouvé ces garanties suffisantes et il a décidé que les litiges qui naîtraient entre lui et les particuliers seraient en principe, jugés par les Tribunaux administratifs.

M. Spronck, député, dans la séance de la Chambre du 15 décembre 1906 (1) a essayé d'amener une modification à la réglementation actuelle sur ce point. Il a déposé un amendement ainsi conçu : « A partir de la promulgation de la présente loi les différends qui surgiraient entre les abonnés et l'Administration des téléphones seraient portés devant les Tribunaux ordinaires ».

M. le Sous-Secrétaire d'Etat aux Postes et Télégraphes fit remarquer que des difficultés très diverses pourraient s'élever entre l'Administration des téléphones et les abonnés. Il ajouta que la question de juridiction ne se posait plus pour le paiement des communications, le Conseil d'Etat ayant décidé qu'il appartenait aux tribunaux judiciaires de trancher ces difficultés (2). Il fit encore observer que si la compétence des tribunaux ordinaires était étendue, l'autorité administrative n'en conserverait pas moins le droit d'interpréter les règlements administratifs qui seraient invoqués dans ces litiges et qu'il en résulterait des lenteurs et des difficultés et M. le Sous-Secrétaire demanda et obtint le renvoi de l'amendement à la Commission, qui ne l'a pas proposé depuis à l'examen de la Chambre.

(1) *Journal Officiel*. Débats Parlementaires. Chambre. Session extraordinaire de 1906, première séance du 16 décembre, p. 3321.

(2) Voir en ce sens Cons. d'Etat, 23 mars 1906 (S. 08-3-17 et la note de M. Hauriou).

TROISIÈME PARTIE

La Distribution d'Énergie

Nous arrivons à la partie la plus neuve et la plus délicate de notre sujet ; c'est aussi, à notre avis, la plus intéressante, car elle soulève des questions complexes qui, pour la plupart, n'ont pas été tranchées définitivement, ni par la doctrine, ni par la jurisprudence.

Avant d'examiner les contrats qu'engendre la distribution d'énergie, il est nécessaire de préciser les règles générales qui régissent cette matière. Le législateur les a réunies dans la loi du 15 juin 1906, qui a abrogé une loi précédente du 25 juin 1895 et divers règlements antérieurs.

En procédant ainsi, nous apprécierons plus faci-

lement les avantages et les inconvénients de la législation actuelle.

Nous allons donc diviser cette partie de notre travail en trois grands chapitres :

Chapitre I. — Règles générales de la distribution d'énergie.

Chapitre II. — Les Contrats de concession.

Chapitre III. — Les Contrats de transport d'énergie.

CHAPITRE I

Règles générales de la Distribution d'énergie

L'électricité est entrée dans l'industrie depuis longtemps déjà, mais elle a pris soudain une importance énorme, car on est arrivé à produire des courants à haute fréquence qui sont devenus dangereux pour la sécurité publique, et ont obligé le législateur à prendre des mesures pour assurer la sécurité générale.

Un décret du 15 septembre 1884 avait institué une commission « à l'effet de préparer et de proposer un règlement spécial pour fixer les conditions techniques à remplir, dans l'intérêt de la sécurité publique, pour l'installation des conducteurs affectés à la transmission de la lumière ou au transport de la force par l'électricité ». Cette commission était constituée sous la présidence du ministre des Postes et des Télégraphes, elle était composée de membres de l'Institut, de jurisconsultes, de savants, d'ingénieurs ; l'industrie y était aussi représentée. Le

résultat des travaux de cette commission a été de permettre au Conseil d'État d'élaborer un décret qui a été promulgué le 15 Mai 1888. Il posait le principe de la déclaration préalable à l'établissement de tout conducteur d'énergie, sauf pour les installations qui ne sortaient pas d'une même propriété et pour lesquelles il y avait liberté absolue ; puis, ce décret réglementait l'établissement et l'exploitation des conducteurs, la disposition des locaux, enfin, il chargeait les ingénieurs des Postes et Télégraphes, sous l'autorité des préfets, de la surveillance des diverses installations électriques.

Cette réglementation devint vite insuffisante en présence du développement prodigieux et extraordinairement rapide de cette industrie, le législateur fut obligé d'intervenir à nouveau ; de là est née la loi du 25 juin 1895. Elle établit un double principe : la liberté sur les propriétés privées, l'autorisation technique quand les conducteurs d'énergie passent sur la voie publique.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette loi, qui a été abrogée par l'article 27 de la loi du 15 juin 1906 (1). La loi de 1895 n'était pas encore entrée en vigueur, que déjà les législateurs songeaient à la modifier. En effet, le 20 avril 1894, le Ministre des Travaux publics avait pris un arrêté pour instituer

(1) Voir HIRSCH. *Législation et Jurisprudence administrative concernant l'électricité dans ses différents usages*, pp. 198 à 227.— SEÉ. *Les Entreprises de distribution d'énergie électrique*, p. 11 et suivantes.

une Commission spéciale, présidée par M. Armand Rousseau, Conseiller d'État, et chargée d'étudier les dispositions d'un projet de loi sur la distribution d'énergie. Cette Commission adressa son rapport au Ministre le 22 mai 1894 ; le projet de la Commission fut renvoyé au Conseil d'État qui l'adopta le 22 février 1896. La proposition fut déposée à la Chambre le 12 juillet 1897. M. Guillaïn fit un rapport sur le projet et le déposa le 4 février 1898. Le projet ne pût venir avant la fin de la législature et tout fut à recommencer. M. Turrel, ministre des Travaux publics, déposa un nouveau projet de loi à la Chambre le 16 juin 1898 ; il a fait l'objet d'un rapport de M. Berthelot, distribué le 4 juillet 1900. Le 10 du même mois, le projet vint en discussion devant la Chambre, mais il fut renvoyé à la Commission, et il n'a pas été discuté de nouveau avant la fin de la législature.

La question en était là et le Gouvernement avait l'air de s'en désintéresser, quand le 3 décembre 1904 (1), M. Janet déposa à la Chambre un projet de loi reproduisant textuellement le projet annexé au rapport de M. Berthelot. Une Commission fut nommée ; celle-ci se sépara sur quelques points du projet Berthelot ; M. Janet fut nommé rapporteur, et il déposa son rapport le 13 juillet 1905 (2). Le

(1) *Journal Officiel*. Documents Parlementaires. Chambre, Session extraordinaire de 1904, annexe 2111, p. 312.

(2) *Journal Officiel*. Documents Parlementaires. Chambre, Session extraordinaire de 1905, annexe 2644, p. 398.

27 février 1906, l'urgence était déclarée et le projet adopté sans discussion. Le 6 mars 1906, la proposition fut transmise au Sénat ; une commission fut nommée aussitôt ; M. Chautemps remit son rapport le 11 avril 1906 (1) ; il conclut à l'adoption du projet tel qu'il avait été voté par la Chambre. Le Sénat a suivi le conseil de son rapporteur, et le 12 juin 1906, l'urgence fut votée et le projet adopté sans discussion.

Telles sont les conditions dans lesquelles la loi du 15 juin 1906 a été édictée. La Chambre et le Sénat ont adopté sans discussion les textes présentés par leurs commissions, il en est résulté un avantage considérable, c'est que cette loi est claire, précise, et les idées y sont bien coordonnées. Elle indique cinq régimes possibles pour les conducteurs d'énergie ; trois sont empruntés à la loi de 1895, ce sont la liberté absolue, l'autorisation, la permission de voirie, elle en crée deux, la concession simple, et la concession déclarée d'utilité publique.

Cette loi a été complétée par divers décrets et notamment par celui du 3 avril 1908 (2) qui indique les diverses formalités à remplir pour établir des distributions d'énergie.

Nous allons exposer les règles des cinq régimes prévus par la loi.

(1) *Journal Officiel*. Documents Parlementaires Sénat. Session ordinaire de 1906. Annexe 212, p. 683.

(2) *Journal Officiel*, du 7 avril 1908.

LIBERTÉ ABSOLUE

Il faut que les conducteurs d'énergie remplissent deux conditions pour pouvoir être rangés dans cette catégorie (art. 2). Ils ne doivent en aucun cas, emprunter la voie publique, et il ne peuvent être « à moins de dix mètres de distance horizontale d'une ligne télégraphique ou téléphonique préexistante ». Le cas devra en pratique, être assez rare ; en général, une usine électrique a pour but de transporter de l'énergie, à une distance plus ou moins considérable, et elle a dès lors, besoin de traverser des voies publiques ; cependant, ce cas pourra se présenter dans une usine d'un seul tenant, qui répartirait la force qu'elle produit entre ses divers ateliers, sans pour cela, s'approcher de fils télégraphiques ou téléphoniques. Cela peut se présenter à Paris où « il existe un très grand nombre de groupes d'immeubles que ne traverse aucune voie publique, et dans lesquelles, la distribution de la lumière et celle de la force, ne se trouvent soumises à aucun règlement et ne payent aucune redevance » (1).

Telles sont les règles très simples de ce régime.

(1) Rapport de M. CHAUMPS. *Journal Officiel*. Documents Parlementaires, Sénat. Session ordinaire de 1906. Annexe 212, p. 683.

L'AUTORISATION

La formalité de l'autorisation doit être remplie lorsque les conducteurs d'électricité sont bien qu'établis sur les terrains privés à une distance horizontale de moins de dix mètres des câbles télégraphiques ou téléphoniques ; car dans ces conditions ils peuvent amener des troubles dans les communications. L'autorisation nécessaire pour passer outre est d'un caractère tout spécial ; elle est la résultante de la surveillance technique exercée par les ingénieurs des postes et télégraphes et ne dispense pas de se munir des permissions de voirie nécessaires, s'il faut traverser une voie publique quelconque.

Toute personne qui veut établir un conducteur aérien dans la zone réservée doit en faire la déclaration au préfet du département. Cette déclaration est accompagnée d'un plan indiquant le tracé de la ligne et d'un état de renseignements conforme au modèle arrêté par le Ministre des postes et télégraphes, après avis du Comité d'électricité

Le Préfet transmet le dossier à l'Ingénieur en chef du contrôle, qui l'envoie à l'Ingénieur en chef des postes et télégraphes. Celui-ci, après examen, envoie son avis au Préfet, et indique les conditions techniques auxquelles doit satisfaire l'installation, en vue d'éviter les troubles dans le fonctionnement

des lignes préexistantes. Si le projet n'est pas conforme aux prescriptions de l'arrêté, modèle du Ministre des postes, l'Ingénieur en chef envoie le dossier à l'Administration centrale, pour qu'il soit examiné par le Comité d'électricité, et en cas de difficulté, le Ministre des postes statue.

Le Préfet doit, dans le délai de trois mois, à dater du jour du dépôt du projet, notifier à l'intéressé, soit l'acceptation, soit les modifications jugées nécessaires au projet présenté.

Lorsque l'autorisation a été accordée et que les conducteurs d'énergie ont été installés, même lorsqu'ils sont situés à plus de dix mètres, s'il se produit des troubles dans les communications des lignes téléphoniques ou télégraphiques préexistantes, l'exploitant est mis en demeure de suspendre son exploitation ou de payer le déplacement de ces lignes (art. 4 *in fine*).

PERMISSIONS DE VOIRIE

Le droit de faire de la voie publique, un usage autre que celui qui d'après le droit commun, appartient à tous les habitants, s'obtient par la permission de voirie. Elle n'est pas toujours accordée par la même autorité. Les routes nationales appartiennent à l'État, c'est le Préfet qui doit donner l'autorisation, après avoir pris l'avis de l'Administration des ponts

et chaussées. Les routes départementales sont la propriété du département, le Préfet est encore compétent, pour accorder l'autorisation, mais il doit prendre l'avis du maire du lieu où le travail doit être effectué, sans être tenu de s'y conformer. Les chemins vicinaux appartiennent aux communes; pour ceux de grande communication et d'intérêt commun, le Préfet donne encore l'autorisation, mais l'avis du Maire est obligatoire; pour les chemins vicinaux ordinaires et pour les chemins ruraux, c'est le Maire qui est compétent.

Quels sont les caractères de ces autorisations; il y en a trois qui sont indiqués dans l'article 5 de notre loi :

« Les permissions de voirie ne peuvent prescrire aucune disposition relative aux conditions commerciales de l'exploitation ». Il en résulte que l'autorité ne peut imposer au permissionnaire des conditions déterminées de durée de prix, etc.

« Elles ne peuvent imposer au permissionnaire aucune charge pécuniaire, autres que les redevances prévues au paragraphe 7 de l'article 18 ». Cette disposition a pour but d'empêcher les communes de se constituer des ressources budgétaires au détriment des entreprises autorisées.

« Aucune permission de voirie ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé, sur les mêmes voies, des permissions ou des concessions concurrentes ». L'autorisation ne donne droit à aucun monopole, et plusieurs sociétés ayant le même but, peuvent obtenir la permission de passer sur la même voie.

Il y a deux autres hypothèses à envisager, d'abord le refus, puis le retrait d'autorisation.

L'arrêté préfectoral qui ratifie le refus, peut être l'objet d'un recours hiérarchique, devant le ministre des travaux publics, s'il s'agit de grande voirie. Pour la petite voirie, si l'intérêt de l'État, du département ou de la commune est en jeu, le préfet pourra accorder la permission, malgré le refus du maire (loi du 5 avril 1884, article 98).

Une fois ces autorisations accordées, elles restent valables tant que l'Administration ne les révoque pas, mais elle peut toujours le faire dans l'intérêt de la voirie. Cette réserve n'a pas besoin d'être mentionnée dans l'arrêté d'autorisation, elle tient à la nature des droits de l'Administration, droits auxquels elle ne peut renoncer.

Toute autorisation est révocable, sans discussion possible avec l'intéressé, et l'affaire ne peut être portée devant le Conseil d'État, du moment que l'Administration a agi dans la limite de ses pouvoirs; mais le retrait de l'autorisation ne peut être révoqué pour des motifs étrangers à la conservation et à la liberté de la voie publique (1).

Le maire ne commet pas d'excès de pouvoir lorsqu'il retire une autorisation dont le maintien

(1) Voir en ce sens Cass., 27 juillet 1893 (D. 94-1-197); Cass., 3 août 1893 (D. 94-1-197); Conseil d'État, 4 janvier 1895 (D. 96-3-7).

pourrait engager la responsabilité pécuniaire de la commune (1).

Les articles 3 à 12 du décret du 3 avril 1908 indiquent les formalités à remplir et les pièces à fournir pour obtenir les permissions de voirie.

LES CONCESSIONS SIMPLES .

La Concession est un traité par lequel l'administration compétente donne à un particulier, ou à une société, le droit d'occuper le domaine public pendant un temps déterminé, moyennant certains avantages stipulés en retour.

La loi de 1906 a apporté une innovation heureuse à l'ancienne législation. La commune ne pouvait consentir aucune concession d'énergie et, pour l'État, il fallait une loi spéciale. Aujourd'hui, les communes sont compétentes pour donner les concessions, qui ne sortent pas des limites de leur territoire ou du territoire du syndicat de communes qui a pu se former; dans les autres cas, la concession est accordée par l'État.

Examinons successivement ces deux sortes de concessions. L'État puise son droit dans l'article premier de la loi du 27 juillet 1870, qui détermine

(1) Voir en ce sens, Cons. d'État, 1^{er} juillet 1898 (S. 1900-3-87); Cons. d'État, 6 juin 1902 (S. 03-3-65).

les cas dans lesquels il faut soit une loi, soit un décret, pour obtenir une concession. L'autorisation doit être donnée par une loi, si en raison de l'importance des travaux l'intérêt général est en jeu ou si l'Etat donne une subvention.

Dans notre Droit administratif actuel c'est une règle à peu près générale que les concessions doivent être données par une loi ou un décret délibéré en Conseil d'Etat. Toute exploitation faite sur le domaine public au moyen d'ouvrages fixes en vertu d'un acte de concession est autorisée par une loi ou un décret en Conseil d'Etat du moment que l'Etat est compétent.

On aura recours au Conseil d'Etat pour les concessions données au nom de l'Etat comme au nom de la commune que lorsque l'acte de concession nécessitera des modifications ou des dérogations au cahier des charges type.

Examinons les règles qui régissent ce cahier des charges, article 6, paragraphe 2, loi du 15 juin 1906 : « Toute concession est soumise aux clauses d'un cahier des charges conforme à l'un des types approuvés par décret délibéré en Conseil d'Etat sauf les dérogations ou modifications qui seraient expressément formulées dans les conventions passées au sujet de ladite concession ».

L'observation du cahier des charges est une condition nécessaire de la validité du contrat et elle s'impose dans tous les cas. On a créé un cahier des charges type pour empêcher les demandeurs trop habiles d'obtenir des conditions trop avanta-

geuses des autorités locales appelées à consentir des concessions et l'on ne pourra y déroger dans ses dispositions essentielles. Toute modification au cahier des charges ne peut être faite qu'avec l'autorisation du chef de l'Etat statuant par décret, même si l'autorité concédante est le préfet, le maire, le président du syndicat de communes ou le ministre.

Toute demande de concession doit être accompagnée d'un dossier comprenant :

- 1° Un extrait de carte à l'échelle de 1/80.000° ;
- 2° Un mémoire descriptif indiquant la destination et l'importance de l'entreprise, les conditions générales et les dispositions principales de la distribution ;

- 3° Un projet de tarif maximum pour la vente de l'énergie électrique (art. 14 du décret du 3 avril 1908).

Pour instruire cette demande on fera une enquête et l'on verra si elle diffère du cahier des charges type.

Quels sont les droits et les obligations du concessionnaire ?

L'article 10 qui régit cette matière déclare que l'entrepreneur peut faire sur la voie publique tous les travaux qu'il juge nécessaires pour établir son exploitation, mais il doit cependant se conformer aux règlements de voirie ; c'est-à-dire que pour faire ses travaux sur la voie publique il lui faudra, en plus de la concession, une permission de voirie.

L'autorité concédante peut toujours, dans l'intérêt public, exiger la suppression ou la modification d'une partie des ouvrages édifiés, mais dans ce cas,

le concessionnaire a droit à une indemnité qui sera fixée par le tribunal compétent, c'est-à-dire par le Conseil de préfecture, si elle n'a pas été réglée par le cahier des charges.

Le concessionnaire devra payer les redevances de voirie qui lui seront imposées. Les avantages faits à l'autorité concédante « ne peuvent être autres que les prix réduits d'abonnement qui seraient accordés aux services publics pour des fournitures équivalentes » (art. 9). Ce texte a pour objet d'empêcher les communes de se constituer abusivement des ressources au détriment des concessionnaires et de causer, par suite, un préjudice grave à l'entreprise concédée. A côté de ces concessions données par l'État, il y a celles consenties par les communes ; celles-ci se présentent sous la forme d'un traité passé par le maire ; cette convention est précédée d'une enquête. L'instruction du projet peut être faite soit par une commission spéciale, soit par le Conseil municipal, soit par le maire ; mais le Conseil municipal doit toujours statuer en séance publique sur le projet, en vertu de l'article 64 de la loi du 5 avril 1884.

Il y a des exceptions à ces principes ; en effet, pour les travaux très importants par leur nature ou par leurs conséquences financières, il faudra soit l'approbation du préfet, soit celle du chef de l'État. Pour que le Conseil municipal puisse statuer, il faudra, en vertu de l'article 115 de la loi municipale de 1884, que la concession dure moins de trente ans, qu'elle soit faite par adjudication et que

ce traité n'établit aucune taxe à percevoir sur les habitants. Ces principes édictés par la loi de 1884 sur l'organisation municipale, s'appliquent-ils en matière de distribution d'énergie électrique. L'article 7, paragraphe 4 de la loi de 1906, déclare que le traité doit être passé par le maire, en vertu d'une délibération du Conseil municipal ; mais cette convention n'est définitive qu'après avoir été approuvée par le préfet.

L'autorisation par décret n'est pas ici nécessaire, car la distribution d'énergie n'est pas l'un des grands services organisés par la loi municipale.

La concession peut également être consentie par un syndicat de communes. L'acte de concession est passé entre le concessionnaire et le président du syndicat de communes ; on suit les mêmes règles que lorsqu'il s'agit d'une commune isolée.

LES CONCESSIONS AVEC DÉCLARATION D'UTILITÉ PUBLIQUE

Il y a des entreprises qui peuvent avoir des intérêts collectifs considérables pour avoir* légitimement le caractère d'entreprises d'utilité publique ; ce sont ces concessions avec déclaration d'utilité publique qui sont la grosse innovation de la loi et qui, par suite, en font la partie la plus intéressante.

Examinons d'abord quelles sont les conditions nécessaires pour obtenir la déclaration d'utilité

publique. L'article 11 de notre loi en exige deux : l'enquête et l'approbation, par décret délibéré en Conseil d'État. L'enquête se fera suivant les formes indiquées par le décret du 3 avril 1908. Si le projet ne touche qu'une seule commune, les pièces soumises aux intéressés, comprenant le tracé des travaux, les ouvrages principaux et leur disposition, seront déposées à la mairie pendant un délai de quinze jours, puis un commissaire désigné par le Préfet, recevra les déclarations sur l'utilité de la concession. Si le projet intéresse plusieurs communes, les formalités sont seulement un peu plus compliquées ; l'enquête se prolongera pendant un mois au moins au chef-lieu de chaque département, ou des arrondissements intéressés. Une Commission de neuf membres au moins, et de treize membres au plus, peut solliciter les explications nécessaires auprès de toute personne compétente.

L'enquête faite, le projet est présenté aux Ministres des Travaux publics et de l'Intérieur, qui font chacun un rapport, après avis des Ministres du Commerce et de l'Agriculture. Le Conseil d'État est ensuite entendu et le décret est rendu par le Président de la République.

Quels sont les droits accordés au concessionnaire ? Le concessionnaire a les mêmes droits que l'Administration en matière de travaux publics ; il a le droit d'expropriation, les droits d'appui, de passage, d'ébranchage (art. 12).

Le droit d'expropriation devra être d'un emploi

rare, car la plupart du temps aucune expropriation ne sera nécessaire pour faire passer un conducteur d'énergie.

Le législateur a bien fait de viser d'une façon spéciale les servitudes d'appui, de passage et d'ébranchage, car la déclaration d'utilité publique n'eût pas suffi au concessionnaire pour acquérir ces droits (1). Cette décision a de plus cet avantage qu'elle permet de vaincre la résistance injustifiable de certains propriétaires et l'on a pris toutes les précautions pour rendre cette servitude la moins gênante possible puisque les conducteurs d'énergie devront être placés au-dessus des fenêtres les plus élevées et la sécurité des habitants ne sera pas compromise. L'exécution des travaux n'entraînera aucune dépossession, le propriétaire pourra ou démolir sa maison ou la surélever, il devra seulement prévenir le concessionnaire de son intention un mois à l'avance.

Les intéressés seront avertis par notification individuelle des projets du concessionnaire qui seront soumis à une enquête spéciale dans chaque commune. Tout propriétaire intéressé pourra, avant l'approbation des projets par le Préfet, protester contre le passage des conducteurs et réclamer des modifications. Le Préfet statuera sur ses réclamations et devra autant que possible concilier les convenances des particuliers avec l'intérêt public.

(1) Voir en ce sens Tribunal des Conflits, 13 décembre 1884 (S. 86-3-43).

Le concessionnaire aura encore le droit d'ébrancher les arbres placés à proximité des conducteurs et qui pourraient occasionner des avaries aux ouvrages et provoquer des courts circuits.

Le concessionnaire ne pourra pas faire tous ces travaux sans verser des indemnités aux particuliers. Pour l'expropriation on suivra les règles indiquées dans la loi du 3 mai 1841 ; pour celles venant des servitudes, on applique l'article 12 de votre loi. D'après ce texte, c'est le juge de paix qui est compétent en premier ressort, et s'il y a expertise, le juge peut ne nommer qu'un seul expert. Il y a là une dérogation assez étrange à la juridiction en matière de travaux publics ; pourquoi donner compétence aux juges de paix, plutôt qu'aux tribunaux administratifs, il n'y a pas de raison et il faut voir là une erreur du législateur.

Nous en aurions fini avec notre exposé des règles générales de la loi de 1906, s'il ne nous restait à indiquer quelques règles communes à l'établissement et à l'exploitation des distributions d'énergie sous les régimes des permissions de voirie et des concessions.

Une innovation a été établie par l'article 14 qui applique aux distributions d'énergie les règles suivies en matière de travaux publics, c'est-à-dire qu'il y a des réunions où les projets sont examinés par les représentants des divers services intéressés et où les représentants des Postes et Télégraphes prennent toujours part. Si l'accord est impossible,

l'affaire est soumise au comité d'électricité qui donne son avis. Si tous les ministres n'adoptent pas cet avis, il est statué par décret en Conseil des ministres.

Les conventions passées avec les pouvoirs publics pour la distribution d'énergie électrique, comportent une autorisation générale, mais cette autorisation n'est pas suffisante ni au point de vue de la sécurité publique, ni au point de vue des communications télégraphiques et téléphoniques. Il faut que les installations soient contrôlées par l'Administration, c'est-à-dire par l'ingénieur en chef du contrôle dans chaque département (Décret du 17 octobre 1907). Le service du contrôle est assuré en outre par des inspecteurs généraux ; tous ces fonctionnaires sont nommés par arrêté du ministre des travaux publics. Tel est le contrôle exercé pour la distribution d'énergie que concède l'État ; examinons ces règles pour les concessions données par les communes. Les agents chargés par les communes de surveiller les distributions d'énergie, doivent remplir les conditions de capacité fixées par le ministre des travaux publics ; ces agents sont soumis à la surveillance de l'ingénieur du contrôle.

Le décret du 17 octobre 1907 vise ensuite les distributions desservant les chemins de fer et les tramways, etc. Ces modes de transport sont déjà soumis à un contrôle technique de l'Administration et ce service est chargé d'assurer le contrôle pour les canalisations et installations électriques intérieures ; le service du contrôle des distributions

d'énergie électrique, s'occupe des canalisations extérieures alimentant ces installations.

Enfin, le décret, dans son chapitre IV, traite des frais de contrôle. Le Ministre des Travaux publics arrête, chaque année, les bases d'après lesquelles sont fixés, à forfait, les frais de contrôle dus ; ces frais sont proportionnels à la longueur des lignes, mais ne peuvent dépasser dix francs par kilomètre de ligne pour les distributions soumises au contrôle exclusif de l'État, et cinq francs par kilomètre de ligne pour les distributions soumises au contrôle des municipalités, sous l'autorité du Ministre des Travaux publics. Ces frais de contrôle sont calculés par trimestre, et tout trimestre commencé est acquis en entier au Trésor.

Les frais de contrôle dus aux municipalités sont déterminés par le Conseil municipal ; ces frais ne peuvent dépasser cinq francs par kilomètre de ligne et par an.

Le même jour est paru un autre décret portant fixation des redevances pour l'occupation du domaine public par les entreprises de distribution d'énergie. Ces redevances sont proportionnelles à la longueur des lignes, au nombre des supports, à la surface du domaine public occupé. Voici les tarifs :

Situation des emplacements du domaine public occupé	Taux de la redevance annuelle par mètre de li- gne aérienne ou souter- raine.	Redevance annuelle fixe pour cha- que support, poteau ou pylone.	Taux de la redevance annuelle par mètre carré pour les postes de transformateurs et autres établissements analogues avec un minimum d'un franc par poste.
Paris	0,10	10	25
Communes de 100.000 h. et au- dessus.	0,02	2	5
Communes de 20.000 à 100 000 h.	0,01	0,50	2,50
Comm ^{nes} ayant moins de 20.000 h.	0,005	0,25	1

Les tarifs pour l'occupation du domaine public communal peuvent être réduits ou bien être basés sur un tant pour cent de recettes brutes totales, sans pouvoir dépasser les maxima fixés par le tarif ci-après :

DÉSIGNATION des COMMUNES	DISTRIBUTION de l'énergie POUR L'ÉCLAIRAGE	DISTRIBUTION de l'énergie pour tous autres usages
Paris	10/100	5/100
Communes de plus de 100 000 habitants .	4/100	1,5/100
Communes de 20 000 à 100.000 h.	3/100	1/100
Communes ayant moins de 20.000 h	2/100	0,5/100

Les tarifs sont basés sur les recettes réalisées sur la vente du courant. Les redevances sont calculées par trimestre et perçues annuellement.

Telles sont les principales règles communes qui régissent les distributions d'énergie. Ces règles seront complétées prochainement, car certains décrets annoncés dans la loi ne sont pas encore parus, notamment celui sur la conservation des sites.

La loi de 1906 prend, dans un dernier chapitre, quelques dispositions diverses; elle prescrit la création d'un comité d'électricité, elle indique enfin les sanctions qui interviendraient si le concessionnaire abusait des permissions accordées.

CHAPITRE II

Les Contrats de Concession

Nous avons dans le chapitre précédent en exposant, peut-être un peu longuement, les règles générales de la distribution d'énergie, donné un aperçu des contrats de concession. Nous connaissons maintenant les formalités nécessaires pour que cette convention puisse se former; il nous reste dès lors à examiner le contrat en lui-même.

La première question à résoudre est celle de savoir quelle est la nature juridique de la concession. Il y a sur ce point un grand nombre de théories en présence, mais toutes se ramènent à deux tendances nettement opposées.

On fusionne la concession avec l'acte qui l'accompagne et on la présente alors comme un acte de nature contractuelle.

On soutient que la nature juridique de l'acte, joint à la concession, ne déteint pas sur celle-ci qui reste toujours unilatérale.

Les systèmes que nous venons d'indiquer, distinguent les concessions en unilatérales et bilatérales (1). La première, est la concession à l'état pur, la seconde est mêlée au contrat. Les nombreux auteurs qui ont étudié ces questions, ne sont pas d'accord pour savoir ce qu'il faut exactement pour que la concession unilatérale devienne bilatérale. Il y a cependant quelques cas que tout le monde admet : ainsi, lorsque la personne administrative promet de ne pas révoquer la concession pendant un certain délai, ou bien lorsque l'acte contient des obligations réciproques. Cette théorie a été très vivement combattue par M. Ranelletti (2) ; il a démontré que le mélange de la concession à un autre acte, ne l'empêche pas de conserver son caractère d'acte unilatéral. Sa théorie se résume en trois propositions.

La concession et l'acte qui y est adjoint, sont deux actes de nature juridique différente, ils sont tous les deux unilatéraux.

L'un, la concession est un acte unilatéral de droit public.

L'autre, est un acte unilatéral de droit privé.

Pour démontrer que la concession et l'acte adjoint sont deux actes de nature juridique différente, il suffit de rechercher à quel moment la concession

(1) HAURIU, *Précis de Droit Administratif*, p. 674.

(2) RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, § 23, p. 80.

et l'acte adjoint sont parfaits et commencent d'exister. Un contrat de ce genre s'accomplit par une série d'actes dont le dernier est l'approbation par l'autorité compétente. La concession est complète dans l'acte qui la renferme et elle existe dès que cet acte est parfait.

Les deux autres propositions doivent être examinées ensemble. Il y a d'abord un fait certain, c'est que les deux actes sont de nature différente et la réunion d'un acte à la concession, ne fait pas perdre à celle-ci sa nature juridique d'acte unilatéral et gracieux fait par la puissance publique. Un acte ne peut avoir qu'une nature juridique et il est impossible d'admettre l'existence d'actes mixtes de nature plus ou moins contractuelle.

Cela ressort à l'évidence de ce fait que la concession est un acte de puissance publique et l'on ne peut donner à un acte de ce genre un caractère contractuel puisqu'il laisserait supposer que l'Administration est forcée d'accorder la concession, alors que c'est pour elle une pure faculté.

L'acte qui renferme la concession rentre bien dans le cas visé par l'article 1101 du Code civil, il crée pour chaque partie des droits et des obligations et nous ne pouvons admettre comme le prétend M. Ranelletti que cet acte est unilatéral.

Il nous reste maintenant à déterminer quel est le caractère de ce contrat. Est-ce un contrat de droit public ou un contrat de droit privé.

Cette convention est de droit public, parce qu'elle est faite par l'administration compétente

qui agit comme puissance publique et qu'elle a pour objet l'entreprise d'un travail public.

Elle agit d'abord comme puissance publique, car les actes de gestion qu'elle accomplit émanent d'autorités représentatives de l'Etat ou des communes et le contrat a pour objet l'entreprise d'un travail public.

Nous arrivons ainsi à distinguer nettement la concession du contrat, elle est donc un acte unilatéral de puissance publique.

Il nous faut maintenant indiquer les conséquences de la nature juridique de la concession telle que nous venons de les déterminer. Le contrat qui intervient entre l'Administration et le concessionnaire n'est pas une vente, parce que l'entrepreneur n'a qu'un droit précaire sur le domaine public et que le prix du contrat consiste non pas en argent mais dans le droit qui est accordé au concessionnaire de percevoir certaines taxes.

Le contrat n'est pas un bail, car le concessionnaire ne possède pas la chose sur laquelle la concession porte ; mais certains droits lui sont seulement concédés.

La concession n'est pas un bail emphytéotique, car dans les conventions de ce genre le preneur promet une redevance annuelle qui n'est pas ordinairement stipulée dans les actes de concession.

Le contrat n'est pas un contrat de société, il lui manque l'affectation d'un capital social. Le contrat qui intervient entre l'Administration et le concessionnaire est une convention *sui generis*,

il renferme des éléments que l'on ne retrouve pas ailleurs.

Les difficultés qui naissent des contrats de concession sont déférés aux tribunaux administratifs, la jurisprudence admet d'une façon constante leur compétence (1).

L'exploitation de la concession de distribution d'énergie est faite le plus souvent par des sociétés anonymes. Cela se comprend facilement pour deux raisons : l'importance des capitaux engagés et la durée généralement longue du contrat.

Quelle est la nature juridique de cette société ? Pour soutenir qu'elle n'est pas commerciale, on allègue qu'elle vend une *res nullius* une chose qui est dans la nature, il n'y a donc pas là entreprise de manufacture. Cette entreprise suppose la transformation d'une marchandise, et l'électricité n'est pas une marchandise ; ce n'est pas une chose matérielle, tangible, ayant une forme quelconque, c'est un fluide répandu dans la nature, toujours identique à lui-même, dont l'homme peut s'emparer pour servir ses besoins, mais qu'il ne saurait ni produire, ni transformer, auquel il ne pourra jamais procurer une qualité nouvelle ; tout ce qu'il peut faire, c'est d'en obtenir la manifestation. Il n'y a donc pas là transformation d'une matière première, mais distribution d'une chose qui n'appartient à personne,

(1) Voir pour plus de détails. PILON. *Monopoles communaux* ; GUILLOUARD, *Notion juridique des actes d'exécution, des autorisations et des concessions administratives*.

puisée dans le domaine de tous. La Compagnie d'éclairage par l'électricité, par exemple, ne fait que ce que font les compagnies qui distribuent, dans les villes, les eaux de source et de rivière destinées à l'arrosage des voies et à l'alimentation des particuliers ; or, ces Compagnies sont des sociétés civiles et une jurisprudence constante déclare qu'elles ne sont pas justiciables des tribunaux de commerce. On ne peut pas dire que, puisant de l'eau dans le domaine public, elles l'achètent pour la revendre. N'est-ce pas là ce que font les sociétés de distribution d'énergie, qui prennent le fluide dans la nature et le livrent aux consommateurs ; elles ne l'achètent pas pour le revendre, donc ces sociétés sont des sociétés civiles.

Cette doctrine n'a pas triomphé, et elle ne devait pas triompher. En effet, la nature juridique de l'électricité n'a pas d'importance lorsqu'il s'agit de trancher les difficultés qui naissent entre les sociétés et leurs abonnés. Du reste, cette question s'est présentée devant la Cour de Lyon, le 4 juillet 1890 (1), et elle a décidé que les sociétés de ce genre étaient commerciales. Il s'agissait, dans l'espèce soumise à la Cour, d'une société d'éclairage électrique. Voici les arguments indiqués dans l'arrêt : « La société d'éclairage électrique de Saint-Étienne, dite Compagnie électrique Edison, ne présente pas seulement par sa forme et par son organisation, les apparences d'une société commerciale,

(1) Lyon, 4 juillet 1890 (S. 92-2-275 et D. 91-2-81).

mais les opérations qui en sont l'objet, constituent, dans leur nature même, des actes de commerce. Cette société a pour but la création et l'exploitation d'éclairage et de force électrique, et par ses abonnements elle s'est engagée à fournir le courant électrique pour l'alimentation de l'éclairage et les lampes nécessaires. Les opérations de cette société consistent principalement dans la mise en œuvre de l'électricité, afin de la rendre propre à l'éclairage et de réaliser, par ce moyen, des bénéfices. Il en résulte une entreprise de manufacture, et la société est commerciale. » L'arrêt examine ensuite l'objection qu'on lui a fait, et que nous avons exposée ci-dessus ; voici comment il répond à cet argument : « Considérant que quelque soit la nature de l'électricité au point de vue scientifique, il est certain qu'elle ne peut se développer et être utilisée pour l'éclairage que par un travail de mise en œuvre qui est nécessaire pour la rendre propre à cette destination et qui a réellement pour effet de la transformer en un produit industriel ayant une valeur vénale et marchande ;

« Qu'elle devient ainsi une véritable marchandise suivant le sens légal de ce terme, applicable à toutes les choses mobilières qui peuvent être l'objet d'un trafic ;

« Considérant au surplus que pour que l'entreprise de manufacture ait un caractère commercial, il n'est point nécessaire que la matière sur laquelle elle s'exerce ait été l'objet d'un achat préalable, avec l'intention de revendre, ou de louer ;

« Que quelle qu'en soit l'origine et le mode de production, il suffit qu'elle soit mise en œuvre, par le travail d'autrui, que cette exploitation ait une certaine importance et qu'elle soit faite dans un but de pure spéculation ». La Cour déclare ensuite que la Société Edison réunit toutes ces conditions et que dès lors elle est Société commerciale.

Cette décision est tout à fait rationnelle et juste et depuis je ne crois pas que la question se soit posée de nouveau devant la jurisprudence. La doctrine de son côté a toujours admis la même solution (1).

Nous avons déjà indiqué que la concession est l'autorisation donnée par l'Etat ou la commune d'occuper une partie du domaine public national ou communal. Nous pourrions faire l'étude de cette concession en général, mais une étude de ce genre aurait, je crois, de grands inconvénients, car elle serait forcément vague, superficielle, et serait sans intérêt ; aussi nous procéderons autrement. Les deux grandes sortes de concessions existant dans la matière qui nous intéresse sont celles d'éclairage et de traction. Il me paraît préférable d'étudier séparément ces deux sortes de traités ; en procédant ainsi nous pourrions dire des choses plus précises et trouver des exemples pratiques sur les points que nous examinerons.

(1) Voir SÉE. *Les entreprises de distribution d'énergie électrique*, p. 7, PILON. *Le problème juridique de l'électricité*. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1904), pp. 22 et 23.

Les Concessions d'Éclairage électrique

Les concessions d'éclairage peuvent servir uniquement ou à l'éclairage public ou à l'éclairage privé ou bien la concession peut comprendre à la fois l'éclairage public et l'éclairage privé.

Les villes qui veulent l'éclairage électrique ont à choisir entre divers procédés d'exécution qui conduisent à des modes d'application différents. Une ville peut avoir recours à la régie, alors le travail est dirigé par ses employés; ceux-ci agiront toujours en son nom et l'exploitation a lieu à ses risques et périls. Elle peut recourir au système de l'entreprise, dans ce cas l'intéressé se charge de la fourniture moyennant un prix déterminé, il agit en son nom et sous sa responsabilité. Enfin il y a un troisième système généralement employé, c'est celui de la concession. Ici les travaux sont exécutés par le concessionnaire sans que la ville lui verse aucun prix pour son travail; sa rémunération consiste à être subrogé aux droits de la ville concédante. Le concessionnaire exploite pour son propre compte et il perçoit les taxes et abonnements fixés par les tarifs.

C'est le système de la concession qui est employé à Paris. En 1888, la ville de Paris, après des essais divers, concéda une partie de l'éclairage électrique à une société, mais elle voulut avoir un service

municipal d'électricité, et dès le 30 mars 1887, M. Paul Brousse avait fait voter un crédit d'un million pour ce service. Le but que poursuivait le Conseil municipal, était d'opposer la concurrence de la ville aux futurs concessionnaires et d'arriver peu à peu à l'exploitation de ce service par la ville. L'usine que créa la ville et qui commença à fonctionner le 1^{er} décembre 1889, a eu des débuts très difficiles et sans avoir eu des résultats brillants, cette exploitation a été plutôt avantageuse à la ville ; mais il est certain que si une société sérieuse avait été à sa place, les résultats obtenus eussent été bien supérieurs.

Le système de 1888 allait arriver à son terme, et l'on ne savait pas encore quelle décision prendrait la municipalité quand, peu de temps avant l'expiration des premières concessions accordées aux secteurs, le Conseil municipal adopta dans ses séances du 11 au 21 mars 1907, un nouveau cahier des charges qui est entré en vigueur le 1^{er} novembre dernier, et qui s'appliquera, sauf déchéance ou rachat, jusqu'au 30 juin 1940.

Le Conseil municipal n'a pu satisfaire ses préférences politiques et économiques et organiser la régie directe de l'électricité qu'il s'était proposée de préparer par le régime provisoire de 1888. Ce régime n'a donné que de très médiocres résultats et la ville, dans son embarras et son incapacité à se tirer d'affaire elle-même, a du se résigner à recourir encore à la concession avec l'aggravation d'une durée relativement longue et d'un monopole.

Les dispositions du nouveau cahier des charges peuvent se résumer ainsi. Les concessions accordées en vertu du cahier des charges de 1888, prennent toutes fin le 31 octobre 1907; à dater du 1^{er} novembre, la ville concède la distribution d'énergie électrique dans Paris :

1° Pour une période transitoire allant jusqu'au 31 décembre 1913 aux anciens secteurs solidarisés pour l'exécution des obligations résultant pour eux du cahier des charges; ces secteurs sont représentés, vis-à-vis de la ville, par un comité de délégués dit : « Comité de l'Union des Secteurs électriques parisiens. »

2° Pour une période définitive allant de 17 janvier 1914 au 30 Juin 1940, à la « Compagnie Parisienne de distribution d'électricité », constituée par les secteurs et par la société d'étude pour l'exploitation de l'énergie électrique à Paris (Société Schneider et Milde) (1).

Si l'on voulait faire une étude historique des concessions, on pourrait, je crois, trouver leur origine dans les péages établis sur les voies romaines, puis dans les redevances féodales, mais cette étude nous entraînerait beaucoup trop loin et aurait peu d'utilité pour le but que nous poursuivons. Aussi, nous allons examiner d'abord les concessions d'éclairage

(1) Pour plus de détails sur ce point, voir : DE LACROIX DE LAVAILLETTE, *Le régime administratif de la distribution publique de l'électricité à Paris*. LABBÉ, *Les Concessions d'éclairage à Paris et à Berlin*.

public puis celles d'éclairage privé; les rapports du concessionnaire avec les particuliers, enfin nous étudierons la concurrence du gaz et de l'électricité.

Les villes sont obligées de faire éclairer leurs rues en vertu de la loi du 16-24 août 1790, titre 11, article 3, qui déclare que le maire doit faire tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques ce qui comprend le nettoyage, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, etc.

Il est certain que par ce mot illumination, le législateur a voulu désigner l'éclairage des voies publiques (1) du reste il serait inadmissible que les rues d'une ville ne soient pas éclairées pendant la nuit.

Le maire et par suite le conseil municipal doivent prendre les mesures nécessaires pour éclairer toutes les rues, aussi bien celles qui dépendent de la grande voirie que les routes (2). Donc les communes doivent éclairer les rues des villes et si elles ne veulent pas prendre à leurs charges les travaux d'établissement et d'exploitation d'éclairage, elles peuvent les confier à un concessionnaire celui-ci pour obtenir ce marché suivra les règles ordinaires posées par la loi de 1906.

Il reste encore une question à se poser? Les villes peuvent-elles concéder leur éclairage à titre de monopole? Oui, car rien ne s'oppose et ne

(1) Voir Cass. 6 août 1866 (D. 66-1-449).

(2) Voir Cass. 8 août 1883 (D. 84-1-81).

peut s'opposer à ce que la ville fasse avec son concessionnaire le contrat qu'il lui plaît et c'est ce qui se produira le plus souvent. Du reste cela est presque nécessaire, car pour arriver à éclairer une ville, il faut réunir des capitaux importants et faire des travaux considérables, ce qui serait fort difficile si une concurrence était à craindre, aussi est-il équitable et avantageux de donner au concessionnaire le privilège exclusif de l'éclairage des voies publiques et des établissements municipaux.

Nous venons de voir quelles sont les règles des concessions d'éclairage publique, examinons celles de l'éclairage privé.

En principe l'éclairage privé est absolument libre et chacun peut s'éclairer comme il veut, il a même le droit de produire le gaz ou l'électricité qui lui est nécessaire. Cela se présente souvent, surtout pour l'éclairage électrique et beaucoup de particuliers fabriquent eux-mêmes leur électricité ; tel est le cas de nombreux industriels et à Paris des gares de chemins de fer, des grands hôtels, des grands magasins de nouveautés, de nombreux théâtres, etc.

Cette liberté est absolue tant qu'on est sur une propriété privée et qu'aucun conducteur d'énergie ne se trouve à moins de dix mètres de distance horizontale d'une ligne télégraphique ou téléphonique, car alors il faut une autorisation. Mais le particulier peut avoir besoin d'emprunter la voie publique pour des travaux destinés à son propre éclairage, il doit alors demander une permission de voirie, il en est du reste de même s'il veut faire

le commerce de l'électricité; dans ce cas il faut outre la permission de voirie demander une concession.

Une ville peut charger un tiers du service de l'éclairage de ses habitants. Quelle est la nature de cet acte, est-ce une concession ou une permission de voirie.

On a prétendu que ce ne pouvait être une concession, car elle suppose l'existence d'un service public dont une administration se décharge sur un particulier qu'elle se substitue; or, l'éclairage des particuliers n'est pas un service public, et aucune loi n'oblige les citoyens à éclairer leurs demeures. Cela est exact, mais, malgré cela, je crois que l'éclairage privé peut être l'objet d'une concession de la part des municipalités. La concession d'éclairage renferme deux choses : un marché de fournitures et un marché de travaux publics. Le marché de fourniture a pour objet la fourniture de la lumière; le marché de travaux publics, les travaux d'établissement nécessaires à la distribution de l'éclairage. Or, ce que la ville peut concéder, c'est le droit d'établir, dans les rues municipales, les travaux destinés à la distribution de cet éclairage, et non la fourniture de l'éclairage aux particuliers. L'acte de concession que donne la ville, a sa base juridique dans ses droits sur la voirie et la ville, seule, peut permettre que l'on fasse ces travaux. Il résulte de là qu'une ville peut déléguer ses pouvoirs à un tiers, et alors on a une véritable concession. Celui qui l'obtiendra acquerra, du même

coup, au moins en fait, la concession de fourniture de la lumière aux particuliers, puisque tous les habitants d'une ville, qui ne fabriquent pas eux-mêmes leur lumière, seront obligés de s'adresser à lui pour l'obtenir. Avec ce raisonnement, on arrive à la conclusion suivante : c'est que la possibilité de la concession de l'éclairage privé étant admise, le monopole en est la conséquence ; pour arriver à ce résultat, il suffira à la ville de s'interdire d'accorder une autre concession du même genre.

On peut critiquer cette théorie en disant : une simple permission de voirie suffirait pour autoriser un entrepreneur à faire les travaux nécessaires pour la distribution d'éclairage et à tous les caractères d'une concession de travaux publics ; elle suppose un entrepreneur qui s'engage à exécuter un travail destiné au public, travail que cet entrepreneur exploitera à son profit, en percevant, pendant un certain temps, un prix d'abonnement

Nous venons de montrer que l'éclairage privé peut être l'objet d'une concession et cette concession est du même genre que celle de l'éclairage public. La municipalité est seule compétente pour céder ses droits au concessionnaire.

L'éclairage privé peut donc être l'objet de concession ; cette concession peut-elle être faite à titre de monopole ? En droit, les municipalités ne peuvent le faire, car on ne peut obliger un particulier à demander son éclairage au concessionnaire qui a le monopole ; mais, en fait, les villes peuvent arriver presque au même résultat en insérant dans le

contrat une clause interdisant d'autoriser, ou de favoriser, sur le domaine municipal, tout autre établissement de distribution d'éclairage. De telle sorte que les particuliers, qui veulent user de ce mode d'éclairage, sont obligés de s'adresser à la compagnie concessionnaire.

Nous avons étudié, jusqu'ici, la formation des concessions d'éclairage (public ou privé), nous devons maintenant aborder les rapports des concessionnaires avec l'Administration, les abonnés et les tiers.

Les rapports du concessionnaire avec l'Administration sont multiples ; quelques-uns ont déjà été indiqués en exposant les règles générales sur la distribution d'énergie, notamment le droit conféré à l'entrepreneur d'exécuter les travaux sur les voies publiques et d'entretenir les canalisations et appareils en bon état. Après l'exposé de ces règles, la question n'est pas encore épuisée, et il nous reste plusieurs points à examiner. D'abord, les travaux doivent être achevés dans un délai fixé par le cahier des charges. Pas de difficulté si le cahier des charges a indiqué une date précise, mais s'il n'a rien dit, que décider ? On admet, dans ce cas, que les travaux doivent être achevés dans un délai proportionné à leur importance. C'est là une obligation essentielle du concessionnaire et, s'il ne la remplit pas, il peut être déclaré déchu de la concession. Mais, souvent, les cahiers des charges stipulent une indemnité en cas de retard dans l'exécution des travaux. Cette clause pénale ne peut être

appliquée qu'après une mise en demeure, articles 1139, 1140, 1230 du Code civil (1) à moins qu'il n'y ait une clause spéciale, dans ce cas, la clause pénale fonctionne dès que le délai imparti pour les travaux est expiré.

Le concessionnaire doit remplir intégralement toutes les obligations qui lui sont imposées par le cahier des charges ; il doit fournir l'éclairage dans les conditions exigées par le contrat. Il peut arriver que le cahier des charges n'ait fixé aucune indemnité pour son inexécution ; le concédant va-t-il être désarmé ? Non, car il pourra s'adresser à la juridiction administrative et demander des dommages-intérêts contre le concessionnaire (2).

Ce dernier doit livrer l'électricité au prix stipulé par le contrat. Le plus souvent, les traités accordent l'éclairage à un prix très avantageux pour la ville, quelquefois il est gratuit dans certains quartiers ; mais alors cette clause exceptionnelle doit être entendue restrictivement. Le concessionnaire est, en outre, obligé d'observer les clauses de son contrat, quant à la durée et la quantité d'éclairage.

Il arrive très fréquemment que les cahiers des charges stipulent des amendes pour le cas où le concessionnaire ne fournirait pas la lumière con-

(1) Jurisprudence constante, voir en ce sens : Cons. d'État, 18 mai 1888 (D. 89-3-80) ; Cons. d'État, 16 mai 1890 (D. 91-3-104), etc.

(2) Voir Cons. d'État, 31 mai 1907 (S. 07-3-113 et la note de M. HAURIOU).

venue, mais cette amende n'est pas due en cas d'accident, de cas fortuit ou de force majeure.

Les concessionnaires doivent, comme les simples particuliers, se soumettre aux droits d'octroi, et notamment à ceux frappant les matières premières, comme la houille, si le concessionnaire produit avec une machine à vapeur son énergie électrique (1). Dans la pratique, les concessionnaires insèrent souvent des clauses les garantissant de l'augmentation des droits d'octroi et si ces droits sont surélevés dans la suite, la Compagnie concessionnaire ne peut être privée de ses avantages sans indemnité (2).

Que décider dans l'hypothèse suivante? Avant l'expiration de la concession, un nouveau traité a été conclu, et il ne mentionne aucun des avantages relatifs aux droits d'octroi, qui avaient été accordés dans le premier; dans quel sens doit s'interpréter le silence du traité?

L'on admet généralement que le nouveau traité, n'ayant pas retiré cet avantage au concessionnaire, il lui a été maintenu tacitement; cette solution est, du reste, celle adoptée par la jurisprudence (3).

Si les concessionnaires ont des charges qui peuvent parfois être très lourdes, ils ont en revanche des droits; ils sont indiqués, notamment dans l'ar-

(1) Voir Nîmes, 22 mai 1878 (D. 78-2-230).

(2) Voir Cons. d'État, 17 avril 1874 (D. 75-3-67); Cons. d'État, 3 juillet 1874 (D. 75-3-67).

(3) Cons. d'État, 9 janvier 1885 (S. 86-3-74).

ticle 12 de la loi du 15 juin 1906 et nous avons eu l'occasion de remarquer qu'ils étaient les mêmes que ceux de l'Administration en matière de travaux publics ; c'est-à-dire que dans certains cas, il pourront avoir recours à l'expropriation pour acquérir les terrains qui leur sont nécessaires pour exercer les droits d'appui, de passage et d'ébranchage.

Une fois les travaux exécutés, ils perçoivent les taxes que l'Administration aurait perçue si elle avait accompli le travail, notamment les abonnements avec les particuliers.

Quelquefois il y a des clauses spéciales qui interviennent entre l'Administration et le concessionnaire ; ainsi l'Administration peut s'engager à lui donner une subvention ou bien une garantie d'intérêt.

Cette dernière clause doit être considérée comme une assurance donnée au concessionnaire que quel que soit le sort de l'entreprise, le capital engagé ne sera pas improductif. Cette clause se rencontre quelquefois dans les concessions d'éclairage, mais elle est beaucoup plus fréquente dans les concessions de traction, aussi nous réservons-nous d'en parler lorsque nous traiterons de ces concessions.

Si les concessionnaires ont des obligations à remplir, l'Administration en a aussi de son côté. Elle doit respecter les clauses qu'elle s'est imposée dans le contrat et notamment celle relative au monopole si elle a été convenue. Si l'Administration refusait de respecter cette clause on ne pourrait l'empêcher de donner une autre concession,

mais le premier concessionnaire aurait droit à des dommages intérêts pour le préjudice qu'il aurait à souffrir.

L'Administration est en outre obligée de payer au fournisseur de l'éclairage public le prix stipulé par le contrat. Si le service du concessionnaire se développe, qui doit supporter les frais d'établissement des canalisations nouvelles ? En principe c'est l'Administration qui doit les supporter, car elle ne peut aggraver arbitrairement les charges du concessionnaire. Pour en être autrement il faudrait une stipulation formelle dans le contrat intervenu mais jusque-là ces canalisations doivent être considérées comme des travaux de nouvel établissement (1).

Nous avons étudié les rapports du concessionnaire et de l'Administration, nous devons maintenant examiner ceux du concessionnaire et des abonnés. Pour le contrat d'abonnement on doit suivre les règles indiquées par la concession, si celle-ci ne s'occupe pas de ce point le concessionnaire peut prendre le modèle qu'il veut, mais en général toutes les polices sont rédigées ou à peu près sur le même type. Voici le modèle de la police de la Société Régionale d'Électricité de Caen.

Je soussigné..... demeurant à Caen..... déclare souscrire à la Société Régionale d'Électricité,

(1) Voir un arrêt du Cons. d'Etat du 11 mai 1898 qui applique ces principes (*Revue Générale d'Administration*), 1898, t. III, p. 400.

aux conditions énoncées ci-contre, un abonnement de 5 années pour :

*..... lampes à incandescence de. bougies
... .. régulateurs à arc de.....*

Je m'engage à ne m'abonner à aucune autre société d'éclairage électrique pendant la durée du présent contrat. La Société sera tenue de me fournir la lumière dès que son réseau d'éclairage s'étendra jusqu'à mon domicile indiqué ci-dessus.

Fait double à Caen, le...

L'Abonné,

La Société,

Ensuite viennent des articles relatifs aux conditions générales d'abonnement à l'installation du branchement, du compteur et au paiement de la consommation.

Avant d'examiner les difficultés qui peuvent naître il faut résoudre la question de savoir quelle est la nature juridique de ce contrat. La question est délicate et controversée car on a vu dans ce contrat un louage de choses, un louage de services et une vente.

On a d'abord prétendu que ce contrat était un louage de choses qui avait pour objet l'électricité elle-même. En effet le louage de choses se caractérise pour le locataire par le droit d'user de la chose tout en conservant la substance et d'obliger le bailleur à le mettre en jouissance de la chose louée. Notre contrat présente ce double caractère ; il consiste à céder aux abonnés la jouissance d'une

chose qui ne se consomme pas par l'usage. Pour soutenir cette affirmation on s'appuie sur la théorie qui prétend que l'électricité ne peut être ni créée, ni détruite et l'on conclut qu'après l'usage fait par l'abonné elle retourne à la machine génératrice. Ce qui le prouve, dit-on, c'est que si l'on mesure la quantité ou l'intensité du courant en ampères elle est toujours la même dans tout le circuit, la seule chose qui varie c'est le potentiel, c'est-à-dire la pression mesurée en volts parce qu'une résistance ayant été introduite dans le circuit le courant développe de l'énergie et le potentiel diminue ; on est donc dans le cas du louage de choses. De plus, comme dans ce contrat, l'abonné a une action pour contraindre le concessionnaire à le faire jouir du courant électrique ; enfin celui-ci est tenu de veiller à ce que sa marchandise puisse servir d'une façon continue aux fins auxquelles elle est destinée. On est obligé de voir là un louage de choses et cela est si exact que les parties qualifient quelquefois le contrat de « location de force motrice électrique » (1).

Il faut d'abord écarter le dernier argument, car la qualification donnée à un contrat n'a jamais été suffisante pour en déterminer la nature. Les parties ont pu commettre une erreur et leur qualification peut être contraire aux règles les plus certaines. Or, ici les parties n'ont pu louer l'électricité parce

(1) Voir Genève, 31 décembre 1897, rapporté dans PIRIA, *L'elettricità nel diritto*, p. 260 et suivantes.

que cela est impossible. En effet elle se consomme par le premier usage; nous prenons l'électricité au moment où elle est force utilisable, nous la consommons et après nous ne la restituons pas au concessionnaire comme force actuellement utilisable. Il ne peut y avoir la place à un louage de choses au moins pour le courant électrique; aussi a-t-on dit que le louage de choses portait sur les machines génératrices d'énergie. Cette opinion a été adoptée en 1900 et 1901 par la Cour de Casal (1) cependant elle est peu vraisemblable et elle n'est pas du tout conforme à la réalité, car l'abonné n'est pas mis en possession des machines et il lui importe peu de savoir le lieu où sont les machines du fournisseur et les modifications qu'il peut y apporter; il n'y a donc pas de louage de choses.

Peut-on dire avec plus de vérité qu'il y a louage de choses en alléguant que l'abonné loue un point déterminé du circuit. Pour soutenir cette théorie on observe qu'un circuit est constitué essentiellement par un générateur en action et par un fil qui en réunit les deux pôles. Pour obtenir la lumière on met des appareils déterminés en communication avec le circuit; c'est sur le circuit que se manifeste le phénomène électrique et celui qui s'engage à fournir une certaine quantité d'énergie ne fait autre chose que de louer à un abonné un point déterminé du circuit. Ce système se base sur ce fait qu'au moment où le propriétaire du circuit contracte avec

(1) Casal, 6 décembre 1900 et 23 avril 1901 (*Legge*, 1901-1-447).

l'abonné, le circuit existe déjà et qu'il est apte à manifester les phénomènes électriques qu'on veut utiliser puisque c'est la condition de fait du contrat et on conclut que cette convention est un louage de choses.

Cette théorie ne peut résister à la critique. En effet, la jouissance d'un point du circuit n'est qu'un moyen d'obtenir ce qui est le but du contrat : l'électricité. Ce n'est donc pas pour obtenir la jouissance de ce point que le contrat est intervenu, la convention n'a donc pas été le louage de cette chose qui est un point du circuit.

Voyons maintenant si le contrat entre l'abonné et le concessionnaire peut être un louage de services. Le fait que la chose existe déjà, ne l'empêche pas d'être l'objet d'un louage de services et pour que le contrat puisse produire ses effets, il faut toujours une intervention de l'homme. C'est sur ce motif que l'on fonde la théorie qui voit dans notre contrat un louage de services. Cette interprétation est conforme à la nature des choses, à la volonté des parties et à la forme du contrat. Le concessionnaire contracte une obligation de faire, car pour exécuter la convention, il faut qu'il produise une quantité d'énergie déterminée.

Mais d'autres arguments viennent s'ajouter à celui-là ; ce contrat est un louage de services, parce que, dit-on, la jouissance que l'on a du résultat est contemporaine de son élaboration. On peut résumer ces arguments dans la formule suivante : le courant électrique n'existe pas naturellement, pour le pro-

duire, il faut le travail de l'homme et dès lors, dit-on, ce contrat est un louage de services.

Je repousse cette théorie, car il n'est pas nécessaire de prouver que la fourniture d'énergie électrique exclut la prestation d'un travail personnel ce qui serait absurde, il suffit de prouver que cette prestation n'est pas la chose principale dans le contrat intervenu; or, on ne peut poser autrement la question, et sur ce terrain, on ne peut voir un louage de services.

En effet, dans la réalité, voici comment se passent les faits. Le particulier qui veut éclairer sa maison à l'électricité, s'adresse au concessionnaire, celui-ci installe un branchement sur la conduite principale et pose un compteur.

Le concessionnaire loue le branchement et le compteur, et sur ce point il y a louage de choses; mais cela n'est que l'accessoire du contrat, le but principal est la livraison à domicile de l'énergie électrique pour s'éclairer; le but du contrat c'est la livraison de la marchandise qui a nom électricité, lorsqu'elle a été rendue utilisable par les machines génératrices.

Les ouvrages nécessaires à la production du courant électrique, ne sont que des accessoires, des moyens d'exécution; le but, c'est l'électricité et le contrat qui est formé est une vente. Cela se comprend facilement, le but que poursuit l'abonné, c'est d'acheter un produit, l'électricité, et non de payer des services ou de rémunérer un travail.

L'électricité est vendue à l'abonné par le proprié-

taire, et il leur fera payer la chose vendue pour un prix et pour une mesure acceptée d'un commun accord ; ainsi la Société Régionale d'Électricité de Caen vend l'hectowatt 0 fr. 10.

Mais on fait une objection que l'on formule ainsi : comment prétendre que le fournisseur du courant en a eu la propriété, car elle se consomme si vite qu'on ne peut établir le moment où l'énergie est demeurée dans l'usine en la possession du producteur.

Cette objection n'est pas décisive, car nous avons montré que l'électricité est une chose que le concessionnaire transforme en la rendant utilisable, et puisque cette chose est mobilière, il doit en avoir la propriété avant de la transférer à ses abonnés. De plus, le concessionnaire s'en reconnaît si bien le propriétaire, que l'article 3 des conditions d'abonnement, annexées à la police de la Société régionale d'électricité de Caen, déclare : « La société fournit le courant électrique devant la demeure du consommateur, qui en prend livraison au moyen d'un branchement sur la conduite principale ». Le mot livraison indique bien que la chose vendue se livre d'une façon toute particulière, mais cela tient à la nature et non à la chose elle-même.

Les tribunaux français n'ont pas, du moins à ma connaissance, statué sur cette question.

Après cet aperçu sur la nature juridique du contrat d'abonnement, il nous reste à examiner les difficultés qui peuvent se produire entre le concessionnaire et ses abonnés ; dans la plupart de ces cas, les tribunaux ont eu à intervenir.

D'abord, une société d'éclairage électrique a-t-elle le droit de couper la communication pour défaut de paiement ? Ce cas est prévu dans l'article 11 des conditions d'abonnement, annexées à la police d'abonnement de la Société régionale d'électricité de Caen : « A défaut de paiement, dans les cinq jours qui suivront la présentation de la quittance, et quel que soit le motif invoqué pour le non paiement, la Société pourra refuser de continuer la fourniture d'éclairage, sous réserve de poursuivre par les voies de droit, l'exécution des présentes ». Cette question a été soumise au Tribunal de Versailles, le 12 mai 1905 (1) ; le Tribunal déclare qu'un article comme celui que nous examinons, n'était pas suffisant pour opérer de plein droit la résolution de la convention : « Attendu, dit-il, que le refus de continuer la fourniture du courant ainsi prévu est la forme dans laquelle la Compagnie entend manifester l'exercice de son droit de résolution du contrat ;

« Mais, attendu que l'acte ne comprend pas un pacte commissaire devant opérer de plein droit, mais renferme un pacte commissaire pur et simple ; que c'est dès lors le cas d'appliquer le principe d'après lequel l'exécution d'une convention synallagmatique ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, et encore moins à la résolution des contrats, qu'autant que la partie, qui ne satisfait pas à ses engagements, se trouve légalement en retard par l'effet d'une mise

(1) Tribunal de Versailles, 12 mai 1905 (D. 07-2-238).

en demeure; qu'ainsi la Cour de Cassation a reconnu que la compagnie d'électricité, qui se charge d'assurer l'éclairage d'un hôtel, et à qui le propriétaire de cet hôtel a refusé le paiement intégral d'une de ses factures, ne peut, sans mise en demeure préalablement adressée au propriétaire de l'hôtel d'avoir à remplir ses obligations, rompre de sa propre autorité le contrat, en suspendant le service d'éclairage».

Cette solution peut être critiquée; d'abord un arrêt de la Cour de Limoges du 30 avril 1906 (1) a admis une solution contraire à celle du Tribunal de Versailles, le seul défaut de cette décision est que la Cour sur ce point n'a pas motivé sa solution, elle l'affirme simplement. M. Planiol, dans une note parue sous un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1897 (2) et auquel fait allusion le jugement de Versailles, repousse cette doctrine qui dit-il est contraire à l'un des principes fondamentaux des contrats synallagmatiques. En effet, lorsque deux personnes font une convention par laquelle elles se promettent l'une à l'autre des prestations réciproques la règle essentielle qui doit être appliquée est que les deux prestations doivent être exécutées simultanément ou tout au moins si la simultanéité absolue est impossible dans un délai aussi bref que faire se pourra. Ce principe qui vient du Droit romain a encore gardé sa terminologie latine et est appelé *exceptio non adimpleti con-*

(1) Limoges, 30 avril 1906 (S. 07-2-204).

(2) Cass., 1^{er} décembre 1897 (D. 02-1-289).

tractus. Cette solution est admise par M. Demogne (1) dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* et elle me paraît la meilleure, car elle respecte les principes généraux du droit.

Le concessionnaire est-il responsable des accidents qu'il peut causer à ses abonnés ? Ainsi un de ses abonnés touche à une lampe mobile qui fonctionne mal et est foudroyé ? La question a été tranchée récemment par la Cour de Grenoble (2). Voici les faits : le 12 août 1906, le sieur Richard fut foudroyé par un courant électrique au moment où il appréhendait dans sa cuisine pour en constater l'état, une lampe électrique mobile qui ne donnait qu'une faible clarté. La Cour de Grenoble a déclaré la Société des Forces motrices du Haut-Grésivaudan responsable de l'accident : « Attendu que l'on est responsable, d'après l'article 1384 du Code civil, non seulement du dommage que l'on cause par sa propre faute, mais encore de celui qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde ;

« Attendu que la Société des Forces motrices a la garde de l'installation qui est son œuvre, à l'aide de laquelle elle distribue la lumière électrique et qu'il est constant que l'accident mortel survenu au sieur Richard dans son habitation au moment où il saisissait de la main gauche une lampe mobile a été

(1) DEMOGNE. *Exceptio non adimpleti contractus*. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1907, p. 815.

(2) Grenoble, 6 novembre 1906. (*Le Droit* du 28 novembre et la *Loi* du 6 décembre).

causé par la chose même de la Société, puisque Richard a été foudroyé par le courant qui circulait sur la ligne extérieure et qui a été transmis presque intégralement au fil qui desservait son installation intérieure ».

La solution adoptée par la Cour de Grenoble est conforme à l'esprit de l'article 1304 1° Code civil et doit être approuvée.

Tels sont les rapports des abonnés avec le concessionnaire mais il peut arriver que les abonnés soient mécontents du concessionnaire, peuvent-ils s'unir pour ne plus user de la lumière fournie par lui. Le fait s'est présenté en jurisprudence et la Cour de Paris (1) a décidé qu'en l'absence de manœuvres frauduleuses il n'y avait là aucun délit de coalition, ni quasi délit ainsi que le prétendait la Compagnie concessionnaire.

Les rapports du concessionnaire avec les tiers autres que les abonnés ont presque tous leur origine dans les dommages que l'exécution ou l'exploitation a causé à leurs personnes ou à leurs biens.

Le concessionnaire est en principe responsable de tout dommage, à moins qu'il ne prouve que la faute est imputable à l'Administration ou au tiers victime de son imprudence ; de plus le concessionnaire est toujours civilement responsable de la faute ou de la négligence de ses agents.

La Cour de Lyon a appliqué ces principes dans

(1) Paris, 13 janvier 1887 (D. 87-2-151).

un arrêt du 25 avril 1899 (1). Voici les faits : Un sieur Pitaval conduisait, le 19 août 1895, vers sept heures du matin, une voiture attelée de deux bœufs, lorsque sur la route de Saint-Just à la Fouillouse, un fil conducteur d'électricité qui était rompu et gisait à terre s'enroula autour d'un des bœufs qui avait marché dessus et le foudroya ; Pitaval lui-même fut grièvement blessé. La Cour a déclaré responsable la Compagnie électrique de la Loire à qui appartenait le fil : « Attendu qu'aux termes de l'article 1381 du Code civil on est responsable du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde ;

« Attendu que cette présomption de faute ainsi mise par cet article à la charge du propriétaire de la chose ne peut être combattue que par la preuve soit du cas fortuit, soit de la force majeure, soit de la faute du demandeur en responsabilité ;

« Attendu que la Compagnie électrique ne fait pas la preuve d'un cas fortuit et de force majeure..... etc. » condamne la Compagnie.

Dans cette étude sur les concessions d'éclairage, nous avons vu comment se formaient les concessions, puis les rapports du concessionnaire avec l'Administration, ses abonnés et les tiers, nous devons maintenant étudier comment la concession prend fin. La concession peut finir par l'un des

(1) Lyon, 25 avril 1899 (D. 04-2-257 et la note de M. JOSSERAND sur la théorie de l'article 1384).

modes suivants. Lorsque le concessionnaire ou l'Administration ne remplissent pas leurs obligations, lorsque le rachat est exercé par l'Administration, lorsque le concessionnaire décède ou lorsque la concession arrive à son terme.

Sur les trois derniers cas d'extinction, il n'y a rien à dire, on ne fait qu'appliquer le cahier des charges lorsqu'il a prévu ces hypothèses.

La concession d'éclairage prend donc fin lorsque le concessionnaire ne remplit pas ses obligations; elle est un contrat synallagmatique et la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans ces contrats (art. 1184 du Code civil). Si l'une des parties ne remplit pas ses engagements le contrat est résolu. Mais la résolution de la concession est une chose extrêmement grave, car elle a pour effet de priver le concessionnaire de toute rémunération bien qu'il ait exécuté un travail utile à l'Administration; aussi la juridiction administrative ne prononce la résiliation que dans deux cas : inexécution du travail, violation essentielle des obligations du concessionnaire; dans les autres cas les tribunaux n'accordent qu'une indemnité.

En dehors des cas d'inexécution des engagements du concessionnaire peut-on appliquer l'article 1794 du Code civil qui déclare : « que le maître peut résilier par sa seule volonté le marché à forfait quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ». Oui, car l'article 1794 s'applique

aux marchés de fournitures (1), or la concession d'éclairage, en plus du marché de travaux publics contient un marché de fournitures, puisqu'elle oblige le concessionnaire à fournir l'éclairage stipulé.

Lorsque l'Administration ne remplit pas les obligations qu'elle a assumé envers le concessionnaire la résiliation peut être demandée par celui-ci. Cette faculté pour le concessionnaire résulte de l'article 1184 ; mais les cas de ce genre sont rares, ils se présentent cependant quelquefois lorsque l'Administration a apporté des modifications telles au projet, qu'en réalité elle a substitué à ce projet une entreprise absolument nouvelle (2). Mais la résiliation ne peut être prononcée au profit de l'entreprise que si le fait sur lequel il se fonde est un cas de force majeure (3). Si la résiliation est prononcée, une indemnité est due à l'entrepreneur pour la privation du bénéfice (4).

Pour terminer, à proprement parler, notre étude des concessions d'éclairage électrique, il nous reste à examiner la question de compétence.

Les concessions d'éclairage ont des analogies avec le contrat de vente, les marchés de fournitures

(1) Jurisprudence constante, voir notamment Cons. d'Etat du 12 février 1886 (D. 87-3-76).

(2) Cons. d'Etat, 16 décembre 1890 (D. 92-5-645).

(3) Cons. d'Etat, 24 mars 1893 (S. 94-3-45).

(4) Voir les arrêts du Cons. d'Etat, cités ci-dessus, du 16 décembre 1890, et du 24 mars 1893.

et ceux de travaux publics ; mais c'est avec ce dernier contrat que la ressemblance est la plus grande ; c'est du reste l'avis de la jurisprudence (1).

On peut dire que la juridiction administrative est généralement compétente ; d'abord elle est compétente pour toutes les contestations où l'Administration est mise en cause et qui soulèvent une question d'interprétation du traité de concession. Mais il y a en plus d'autres cas où les tribunaux administratifs statuent, c'est lorsqu'il s'élève des contestations au sujet des dommages éprouvés par des particuliers et ayant été occasionnés par l'inexécution des travaux.

La compétence judiciaire a aussi sa part dans les concessions d'éclairage, notamment les difficultés qui ne mettent pas en cause l'Administration et qui ne soulèvent pas une question d'interprétation de traité, telles que celles résultant des dommages causés par l'exploitation de la concession.

Nous allons indiquer rapidement les règles de ces deux compétences.

La loi du 22 pluviôse an VIII, article 4, décide que « le Conseil de préfecture prononcera sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de

(1) Jurisprudence constante, voir notamment Tribunal des conflits, 16 décembre 1876 (S. 79-2-27). Cass., 8 août 1883 (S. 84-1-267). Cass., 2 mars 1891 (S. 91-1-168).

leur marché ». Examinons les principales difficultés qui peuvent se présenter.

Il peut naître des difficultés au sujet du maintien du concessionnaire dans la jouissance du monopole qui lui a été concédé par le traité. Telles sont les questions de concurrence entre les compagnies gazières et les compagnies électriques, concurrence que nous étudierons bientôt.

Un autre genre de différend peut naître de l'inexécution des travaux (1). Pour déterminer si le travail est régulièrement exécuté, il est de toute nécessité d'interpréter l'acte de concession. Ces difficultés sont donc relatives à l'exécution : la compétence est administrative.

Il peut se produire des difficultés d'une autre sorte entre l'Administration et le concessionnaire, telles que celles relatives aux clauses purement financières du traité. Lorsqu'il s'agit par exemple d'interpréter les dispositions du cahier des charges qui déterminent les droits respectifs des parties contractantes, relativement aux bénéfices de l'entreprise dont la ville s'est réservée une partie. Le Conseil de préfecture est-il compétent ? Le Conseil d'État et la Cour de Cassation ont répondu négativement parce que, disaient ces tribunaux, les contestations entre la ville et le concessionnaire ayant pour objet une interprétation du cahier des charges, sont semblables à des contestations entre particu-

(1) Cons. d'État, 27 Mars 1856 (D. 56-3-52).

liers, que dès lors la juridiction doit être civile (1). Cette jurisprudence était constante et paraissait définitivement établie quand le Tribunal des Conflits (2), décida que ces clauses du cahier des charges même s'il s'agissait de clauses purement financières comme de partage de bénéfices, étaient de la compétence des tribunaux administratifs. Le Tribunal des Conflits s'appuie sur la loi du 28 pluviôse an VIII, qui indique le Conseil de Préfecture comme tribunal compétent pour prononcer sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration concernant le sens et l'exécution de leur marché. Cette nouvelle jurisprudence est plus rationnelle que l'ancienne, car dans ce cas, on ne fait que fixer certaines conditions d'exécution du marché passé entre le concessionnaire et l'Administration. Du reste, cette théorie a triomphé définitivement puisque la Cour de Cassation s'y est ralliée (3).

Il peut encore s'élever d'autres contestations entre le concessionnaire et l'Administration, d'abord sur les tarifs, ensuite sur les droits d'octroi.

Sur les tarifs, les difficultés peuvent être de deux sortes ; d'abord entre le concessionnaire et l'Administration, mais alors on rentre dans l'interprétation du cahier des charges et le tribunal compétent est

(1) Voir en ce sens Cons. d'Etat, 20 mars 1863, rapporté dans la *Revue générale d'Administration*, 1899, t. 1^{er}, p. 17.

(2) Tribunal des Conflits, 16 décembre 1876 (D. 77-3-57).

(3). Cass., 2 mars 1880 (D. 80-1-230).

le Conseil de Préfecture ; ensuite, pour l'application du tarif aux abonnés, nouvelle division entre l'Administration qui réclame du concessionnaire l'observation des clauses stipulées dans le contrat en faveur des abonnés et entre le concessionnaire et les abonnés qui réclament de l'Administration l'observation des dites clauses.

Le Conseil de Préfecture est compétent dans le premier cas, car on se trouve dans l'hypothèse visée par la loi de pluviôse ; dans le second cas, la compétence est judiciaire (1). Cette solution est très juridique, car elle fait l'application la meilleure et la plus judicieuse des principes.

Sur les droits d'octroi, on a décidé, par application de la loi du 28 pluviôse, que c'est au Conseil de Préfecture de connaître ces difficultés (2). Cette juridiction est encore compétente pour statuer sur les réclamations des particuliers qui ont subi des dommages, par suite de l'inexécution des travaux, il importe peu que ce dommage soit le fait de l'Administration ou de l'entrepreneur.

Quand la compétence sera-t-elle judiciaire ? Dans tous les cas où un texte n'a pas attribué compétence à une autre juridiction. Voici les cas principaux :

(1) Jurisprudence constante, voir notamment Cons. d'État, 19 mars 1875 (D. 75-3-107). Cons. d'État, 24 novembre 1879 (D. 80-3-30). Cons. d'État, 3 mars 1893 (D. 94-3-41). Cass. 21 janvier 1890 (D. 91-1-112).

(2) Voir Cons. d'État, 12 juillet 1889 (S. 91-3-86) ; Cons. d'État, 28 décembre 1894 (S. 97-3-11).

Les contestations relatives aux litiges, entre le concessionnaire et les entrepreneurs ou sous-traitants, ce cas n'étant pas prévu dans la loi de pluviôse, on suit les règles de la compétence ordinaire; puis, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, les difficultés entre les concessionnaires et les abonnés, notamment celles relatives aux tarifs; de même les contestations s'élevant entre les compagnies concessionnaires de l'éclairage et des tiers étrangers au traité (1).

La compétence judiciaire est encore admise pour les dommages résultant de l'exploitation du concessionnaire. Il a été jugé que le dommage causé à un immeuble, et notamment la corruption de l'eau d'un puits par infiltration, était de la compétence judiciaire (2); il en est de même en ce qui concerne la faute commise dans l'exploitation. Sur la question de l'expropriation, on applique la loi du 3 mai 1841, article 63, qui décide que le tribunal compétent est le tribunal civil.

Pour l'application des clauses du tarif d'octroi, la juridiction civile est certainement compétente lorsque l'existence ni le sens des clauses n'est contesté, mais seulement leur application à certains objets déterminés (3).

Les faits délictueux sont toujours de la compé-

(1) Voir Cass., 8 août 1883 (D. 84-1-81).

(2) Cass., 20 août 1877 (D. 78-5-456).

(3) Voir Cass., 22 janvier 1880 (D. 80-1-284); Cass., 9 mai 1882 (D. 82-1-367).

tence des tribunaux ordinaires, même s'ils se rattachent à l'exécution d'un travail public. Pas de difficulté pour les dommages causés à la propriété ; il en est autrement pour ceux causés aux personnes. La jurisprudence la plus récente fait une distinction, suivant que le délit a été constaté par le juge de répression, auquel cas l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les conséquences pécuniaires de l'accident (1). Dans le cas contraire, la compétence appartient au Conseil de préfecture, si le dommage, constituant un délit contre les personnes, a été causé par les agents de l'État à des tiers ou à des ouvriers. Mais si le dommage a été causé par l'entrepreneur à ses ouvriers, il convient d'appliquer les règles du louage d'ouvrage, et l'autorité judiciaire, juge de droit commun, est compétente.

Les tribunaux judiciaires sont certainement incompétents pour ordonner la modification ou la suppression des travaux. En effet, ces travaux relèvent exclusivement de l'Administration qui les a ordonnés et, en vertu des principes de la séparation des pouvoirs, l'autorité judiciaire est incompétente pour se substituer à l'Administration (2).

(1) Voir Cons. d'Etat, 22 novembre 1863 (D. 64-3-5) ; Trib. des conflits, 7 mars 1874 (D. 74-3-54) ; Cass., 2 décembre 1881 (D. 82-1-191).

(2) Voir Cass., 11 août 1866 (D. 66-1-361) ; Nancy, 6 mai 1893 (D. 93-2-360).

Les concessions d'éclairage nécessitent des capitaux très importants et presque toujours le concessionnaire est dans l'impossibilité de faire face avec ses seules ressources aux dépenses nécessaires pour l'installation de la concession; il est donc obligé d'emprunter un capital et de le rendre dans un délai déterminé, généralement celui de la concession. Ce procédé s'appelle amortissement et est fondé sur l'intérêt composé. Nous n'allons pas exposer la théorie de l'amortissement car cela sortirait du but que nous nous sommes proposé (1), nous allons simplement indiquer quelques principes dont le défaut d'observation a donné lieu à des difficultés.

Il ne suffit pas d'indiquer que les fonds empruntés seront remboursés au moyen d'un amortissement, grâce au prélèvement d'une somme déterminée, mais il faut en plus désigner d'une façon précise chacune des sources destinées, d'après la volonté des parties contractantes, à alimenter le fonds d'amortissement; il faut fixer avec précision l'annuité d'amortissement et indiquer comment elle sera constituée. De cette manière on évitera des procès du genre de ceux qui sont nés entre la Compagnie Parisienne du Gaz et la Ville de Paris.

L'article 6 du traité du 7 février 1870 portait : qu'« avant tout bénéfice il sera prélevé :

(1) Sur la théorie de l'amortissement on peut voir : KOPF. *Du calcul de l'amortissement dans les entreprises industrielles*; COUBARD. *De l'amortissement du capital-action dans les sociétés*.

1° Les sommes nécessaires pour annuités d'amortissement des actions et obligations émises ou à émettre ;

2° La retenue actuellement fixée pour la réserve par les statuts ;

3° Une somme pour dividende et intérêt des actions fixée à 12.400.000 francs jusqu'en 1887, inclusivement et à 11.200.000 francs du 1^{er} janvier 1888 à la fin de la concession ».

Le débat portait sur l'interprétation des §§ 1 et 3 de cet article. La Compagnie déclarait que le troisième prélèvement devait être considéré comme indépendant du premier prélèvement compris au paragraphe 1 et venant dès lors s'ajouter à ce dernier sans pouvoir se cumuler avec lui, même dans le cas où un certain nombre d'actions amorties rendrait le service des intérêts moins lourdes.

La ville soutenait l'opinion contraire et déclarait que le troisième prélèvement ne pourrait faire double emploi avec le premier ; en effet, grâce au jeu normal de l'amortissement, la charge des intérêts diminuait en proportion du nombre des actions amorties et il en résultait que le prélèvement du deuxième paragraphe correspondant à des charges bien moins lourdes, allégeait celles du premier prélèvement comprenant les sommes nécessaires pour annuités d'amortissement des actions et des obligations (1).

(1) Pour plus de détails voir : CRUVEILHIER. *Les concessions d'éclairage* *Revue Générale d'Administration*, 1899, t. II, p. 25.

L'affaire fut portée devant le Conseil de Préfecture de la Seine qui a donné gain de cause à la ville de Paris (1). La Compagnie Parisienne du Gaz n'admit par cette solution et elle porta la question devant le Conseil d'État qui confirma la décision des premiers juges (2).

Nous en aurions complètement terminé avec les concessions d'éclairage s'il ne nous restait à parler de la concurrence gaz-électricité. Cette concurrence a pris naissance dans le dernier tiers du XIX^e siècle ; elle a donné lieu à de graves difficultés et à de nombreuses décisions judiciaires.

La loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie n'a pas donné de solution et elle ne pouvait pas trancher la question qui varie avec les espèces ; cependant elle a posé quelques principes utiles dans son article 8. Ce texte déclare qu' « aucune concession ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé des permissions ou une concession à une entreprise concurrente sous la réserve que celle-ci n'aura pas des conditions plus avantageuses » ; mais le législateur n'a pas voulu limiter à ce point le droit des communes car il ajoute que l'acte par lequel une commune, donne la concession de l'éclairage public et privé sur tout ou partie de son territoire peut stipuler que le concessionnaire aura seul le droit d'utiliser les voies publiques dépendant de la commune dans

(1) *Revue Générale d'Administration*, 1899, t. II, p. 25.

(2) Cons. d'État, 31 mai 1900 (S. 01-3-389 et la note).

les limites de sa concession, en vue de pourvoir à l'éclairage privé par une distribution publique d'énergie, sans que cependant ce privilège puisse s'étendre à l'emploi de l'énergie à tous usages autres que l'éclairage. Pendant la durée du privilège ainsi institué, les permissions de voirie, délivrées par le Préfet et les actes de concession passés au nom de l'État, devront tenir compte de ce privilège dans les obligations imposées aux permissionnaires et concessionnaires.

Le texte qui est devenu l'article 8 n'a pas été élaboré d'un seul jet, car la question à résoudre était difficile. En effet, il s'agissait de savoir si l'acte de concession doit permettre ou interdire d'une manière absolue la création d'établissements concurrents. Le texte annexé au rapport de M. Berthelot décidait qu'aucune concession ne pourrait faire obstacle à des concessions concurrentes mais que cependant un monopole pouvait être établi pendant quinze ans. Cette disposition avait pour but d'empêcher les communes de se lier pour un temps trop long. La Commission a examiné toutes les solutions qui se présentaient et si elle a rédigé l'article 8 tel qu'il a été adopté c'est qu'elle a craint que l'interdiction ou la limitation trop étroite du monopole n'empêchât beaucoup de petites communes de trouver un concessionnaire pour la fourniture de l'énergie nécessaire à son éclairage ; aussi la commission a fait une distinction. Pour l'énergie destinée à la force motrice, il n'y a pas de monopole possible ; pour l'énergie destinée à l'éclairage

on peut établir un monopole pour toute la durée de la concession. La limite de quinze ans d'abord fixée était insuffisante, on l'avait portée à vingt-cinq, puis à trente, enfin on a supprimé tout délai pensant que les communes avaient vu le danger des concessions par trop longues

La commune a donc le droit d'instituer un monopole d'éclairage. Y a-t-elle intérêt? Oui, sans cela la multiplicité des concessions pourrait rendre chacune trop peu importante et l'empêcher de fournir un bon service, tandis qu'un seul producteur pourra donner un éclairage satisfaisant dans des conditions avantageuses.

Ce système a aussi des inconvénients ; pour y remédier, on a fixé un tarif minimum, et, généralement, on introduit des clauses pénales très sévères pour réprimer ces abus, au cas où ils se produiraient.

Le système de la loi de 1906 a cet avantage, qu'il n'empêche pas nécessairement la concurrence, car il peut y avoir d'autres modes de distribution : tel est le cas de la concurrence gaz-électricité.

Les concessions ont comme inconvénient principal d'entraîner les communes à aliéner leur liberté. Nous avons de nombreux exemples de ces inconvénients dans les difficultés auxquelles ont donné lieu les monopoles concédés autrefois aux compagnies gazières par les municipalités qui ont voulu jouir des avantages de l'éclairage électrique.

La lutte s'engagea entre le gaz et l'électricité ; elle prit des formes très variées, car les municipa-

lités cherchèrent par tous les moyens à échapper au monopole qui les gênaient.

Cette concurrence du gaz et de l'électricité a donné lieu à une jurisprudence très nombreuse et très touffue ; il est impossible de se rendre compte de ses tendances et des résultats auxquels elle est arrivée, si on ne la groupe en trois classes.

La première comprend les traités visant l'éclairage au gaz.

La seconde prévoit l'application par le concessionnaire des nouveaux systèmes d'éclairage qui pourraient être découverts pendant la durée de la concession.

La troisième renferme les traités qui, tout en organisant l'éclairage par le gaz, n'ont pas exclu expressément les autres modes d'éclairage.

Nous allons étudier chacune de ces clauses, et les exemples que nous prendrons seront tous empruntés à la jurisprudence.

I. Le traité s'applique uniquement à l'éclairage au gaz.

Dans ce cas, aucune difficulté ne peut naître pour l'éclairage privé, car le maire peut, sans engager les responsabilités de la commune, accorder des permissions de voirie à l'entrepreneur d'un mode d'éclairage autre que le gaz, en vue de la distribution de la lumière aux particuliers.

Le Conseil d'État a décidé, dans son arrêt du 26 mai 1897 (1), intervenu entre le sieur Foucart et

(1) Cons. d'État, 26 mars 1897 (S. 99-3-40).

la ville de Melun que, malgré l'article 7 du traité du 17 mars 1877 qui réservait à la ville « au cas de découverte d'un mode d'éclairage autre que le gaz le droit de concéder sans indemnité toutes les autorisations nécessaires pour l'établissement du nouveau système »; le concessionnaire de l'éclairage au gaz, M. Foucart, était investi du monopole de l'éclairage public et que l'article en question prévoyait uniquement les autorisations relatives à la distribution de la lumière chez les particuliers.

II. Le traité passé avec le concessionnaire prévoit la découverte de nouveaux systèmes d'éclairage et leur application par le concessionnaire.

De nombreuses municipalités ont pensé qu'en cas de découverte d'un nouveau mode d'éclairage, il était plus avantageux que le concessionnaire primitif fût chargé de son emploi. Cette clause était avantageuse pour le concessionnaire, car elle le mettait à l'abri de tout trouble résultant de la concurrence, et elle était en même temps avantageuse pour la ville, puisqu'elle la faisait bénéficier des nouvelles découvertes. Avant d'examiner des traités de ce genre, il faut étudier ceux passés par les villes de Montluçon et de Saint-Étienne, qui établissent un monopole général de l'éclairage.

Les traités passés par ces deux villes ont donné lieu à des difficultés, et le Conseil d'État a rendu deux arrêts en faveur des concessionnaires (1). Ils

(1) Cons. d'État, 26 décembre 1891 (S. 94-3-1 et la note de M. HAURIOU).

ont admis la validité de la constitution d'un monopole d'éclairage, et non pas uniquement une distribution de lumière par un agent déterminé, gaz ou électricité.

L'existence du monopole n'était pas douteuse, ni pour Saint-Etienne, ni pour Montluçon.

Pour Saint-Etienne, l'article 1^{er} du traité passé le 1^{er} décembre 1851, déclarait que « la Compagnie adjudicataire sera seule, et exclusivement, chargée de l'éclairage de la ville de Saint-Etienne pendant quinze années ».

Pour Montluçon, les dispositions étaient encore plus précises ; en effet, l'article 1^{er} du traité de 1865 était ainsi conçu : « MM. Soulier et C^{ie} auront, pendant trente années, à partir du 1^{er} août 1865, le privilège exclusif de placer, dans les rues et terrains dépendant de la voirie urbaine, des tuyaux destinés à l'éclairage, sauf à se pourvoir auprès de qui de droit des autorisations que nécessiterait le passage de ces tuyaux sous les rues et terrains qui ne dépendent pas de l'autorité municipale. Ils sont, pendant le même délai, chargés exclusivement de l'entreprise de l'éclairage public de la ville de Montluçon, tant par le gaz que par l'huile ».

A côté de cette question, qui était simple, il s'en présentait une beaucoup plus délicate, qui était celle de savoir si la constitution de ce monopole général rentrait dans les facultés légales des communes et devait être sanctionné par la juridiction administrative.

M. Valabrègue, et à sa suite le Conseil d'État, a

admis la solution affirmative, conformément à la jurisprudence antérieure du Conseil d'État (1), admise aussi par la Cour de Cassation (2).

Cette solution a été très violemment attaquée (3). Voici les arguments que l'on invoque contre cette décision ; pour donner plus de force à ces arguments, nous les reproduirons tels que les a indiqués M. Hauriou dans la note parue dans le *Sirey*. On invoque trois motifs déterminants : « Le premier, est que toute cette opération aboutit à l'établissement d'un monopole contraire à la liberté naturelle de la rue, et qu'il est conforme à l'ensemble de notre législation de restreindre les monopoles au strict minimum.

« Le second, est que nous sommes en présence d'une opération de puissance publique, puisque c'est une entreprise de travaux publics, et qu'il est de principe que la puissance publique doit se lier le moins possible dans les opérations qu'elle fait.

« Le troisième, enfin, est, qu'au point de vue du simple bon sens, il n'y a pas de service d'éclairage, au sens absolu du mot, mais qu'il y a plusieurs services d'éclairage, suivant l'espèce de lumière employée, de même qu'il y a plusieurs espèces de transports ».

(1) Cons. d'Etat du 17 novembre 1882 (S. 84-3-58).

(2) Cass , 25 juillet 1882 (S. 83-1-76 et D. 83 1-10).

(3) Voir HÉRARD et SIREY. *Les Canalisations d'éclairage électrique*, p. 348. — HAURIOU. La note sous les arrêts du 26 décembre 1891 (S. 94-3-1).

Les critiques faites par M. Hauriou, nous paraissent parfaitement justifiées et certaines décisions de jurisprudence administrative, semblent admettre cette solution ; c'est l'avis du Conseil de Préfecture de l'Yonne dans son arrêté du 20 novembre 1892 (1), dont voici le considérant intéressant : « que si, en effet, il appartient aux communes pour assurer sur le territoire le service de l'éclairage, tant public que privé et sans créer au profit d'un tiers un monopole de droit pour l'éclairage privé de s'interdire d'autoriser ou de favoriser sur le domaine municipal tout établissement pouvant faire concurrence à leur concessionnaire, il faut que cette interdiction restrictive de la commune soit expressément stipulée (2). »

Nous avons examiné jusque-là les deux traités qui avaient établi un monopole général, arrivons maintenant à ceux qui ont simplement prévu de nouveaux modes d'éclairage. Ces traités se divisent en deux groupes.

Il y a une simple clause de préférence.

La ville peut imposer à son concessionnaire l'application de tout nouveau système d'éclairage.

La ville peut autoriser des essais temporaires d'éclairage.

(1) Conseil de Préfecture de l'Yonne, 20 novembre 1892 (*Revue générale d'Administration*, 1893, t. III, p. 333).

(2) Voir pour plus de détails sur la question, la thèse de M. FRISSE. *De l'effet à l'égard des particuliers des concessions et traités municipaux en matière d'éclairage*, pp. 28 à 40.

Examinons d'abord la clause de préférence. Quand une clause de ce genre est insérée dans un contrat de concession, le droit exclusif que la ville a entendu concéder à la Compagnie ne fait aucun doute. Cependant quelques municipalités (La Rochelle, Auxerre) (1), tout en reconnaissant le privilège de la Compagnie du gaz pour l'éclairage public ont soutenu que la clause de préférence n'était pas relative à l'éclairage privé et que par suite, elles pouvaient accorder à tout autre qu'à leur concessionnaire primitif l'autorisation de canaliser la voie publique pour distribuer la lumière aux particuliers.

La ville de la Rochelle avait passé le 30 mars 1873 avec la Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz, un traité par lequel la ville déclarait dans l'article 7, qu'elle se réservait l'application de tout nouveau système d'éclairage, présentant sur le mode actuel certains avantages déterminés tout en décidant que « l'application du nouveau système serait alors, à défaut de traité amiable, soumise à la concurrence avec préférence à conditions égales en faveur du concessionnaire actuel et que dans tous les cas, le présent traité serait résilié de plein droit ». Le Conseil de Préfecture de la Charente-Inférieure déclara que cet article ne pouvait s'appliquer qu'au cas visé c'est-à-dire au cas où la ville aurait voulu substituer un

(1) Cons. d'Etat, 8 février 1895 (S. 96-3-129). Cons. d'Etat, 30 juillet 1897 (D. 98-5-150).

nouveau mode d'éclairage à l'éclairage par le gaz et encore seulement en ce qui concerne l'éclairage public. Le Conseil d'Etat a annulé l'arrêt du Conseil de Préfecture et a décidé que la clause de préférence devait s'entendre aussi bien de l'éclairage privé que de l'éclairage public.

Dans l'arrêt intervenu entre la Compagnie du gaz et la ville d'Auxerre, la situation était la même et le résultat fut identique.

Ces décisions du Conseil d'Etat sont la conséquence de l'indivisibilité qui existe entre la concession de l'éclairage privé et celle de l'éclairage public. La jurisprudence, en effet, admet que dans silence du traité toutes les clauses et particulièrement celles de préférence sont relatives à l'ensemble de l'éclairage et qu'il n'est pas permis sans texte formel de priver à un moment quelconque la Compagnie du gaz d'une grande partie de ses bénéfices. Mais ici se présente une difficulté en invoquant la clause de préférence. La ville peut-elle mettre en demeure la Compagnie d'appliquer les nouveaux procédés, à l'éclairage d'établissements isolés ou bien ne peut-elle exiger cet éclairage que pour celui de la ville. Le Conseil d'Etat a admis cette dernière solution, lorsque le droit stipulé par l'Administration de délivrer des autorisations de voirie en vue de l'établissement d'un nouveau système de distribution de lumière était relatif à l'éclairage public et privé.

Pour prendre un exemple de ce cas examinons l'arrêt intervenu entre la Compagnie du gaz et la

ville de Limoges, le 11 janvier 1895 (1). La ville de Limoges avait, par le traité du 3 octobre 1857, article 1^{er}, concédé à la Compagnie du gaz : « le droit exclusif de conserver et d'établir les tuyaux nécessaires pour la conduite du gaz d'éclairage et de chauffage sous les voies publiques de la commune ». De plus l'article 12 du même traité déclarait qu'en cas de découverte d'un procédé d'éclairage autre que le gaz l'Administration municipale aurait le droit de donner les autorisations nécessaires pour l'établissement du nouveau système d'éclairage, mais à conditions égales elle accordait un droit de préférence à la Compagnie du gaz. Dans la suite, la ville a autorisé MM. Larondie et Rougerie à poser des fils aériens en vue de l'éclairage électrique d'établissements privés après avoir mis la Compagnie du gaz en demeure d'exercer son droit de préférence. Celle-ci jugea la mise en demeure non recevable et s'adressa au Conseil de Préfecture de la Haute-Vienne qui donna raison à la ville le 24 juin 1887 en décidant que l'on ne pouvait rien reprocher à la ville puisque la Compagnie avait été mise en demeure.

L'affaire fut portée devant le Conseil d'État qui annula l'arrêté du Conseil de Préfecture en déclarant que la Compagnie était seule chargée de l'éclairage de la ville sans distinction entre l'éclairage public et l'éclairage privé et quant à la clause de préférence elle ne peut être exercée que pour

(1) Cons. d'Etat, 11 janvier 1895 (S. 96-3-129).

l'éclairage de tout ou partie de la ville et non pour l'usage de certains établissements privés.

La situation n'est pas la même quand l'Administration s'est réservée le droit d'autoriser de nouvelles installations en vue de donner la lumière aux particuliers. La ville d'Avignon (1), dans le traité conclu le 28 novembre 1883 avec la Compagnie du gaz stipulait dans son article 17 qu'en cas de découverte d'un nouveau système d'éclairage l'Administration pouvait concéder toutes les autorisations nécessaires pour l'établissement du nouvel éclairage au profit des particuliers et sans indemnité pour la Compagnie; celle-ci ayant seulement à prix égal un droit de préférence que par l'application du nouveau système d'éclairage à tout ou partie de la ville. La prétention de la Compagnie a été repoussée par le Conseil de Préfecture et par le Conseil d'État et celui-ci a maintenu sa jurisprudence; de plus il a même jugé, que dans le silence de la convention, sur l'application d'un mode d'éclairage autre que le gaz, la ville avait la faculté d'assurer le service de l'électricité en le concédant à un tiers après avoir mis le concessionnaire en demeure de fournir ce nouveau mode d'éclairage dans les conditions acceptées par les tiers (2).

Cette dernière jurisprudence est entièrement favorable aux Compagnies d'électricité, car le monopole

(1) Cons. d'Etat, 19 janvier 1898 (D. 99-3-25).

(2) Cons. d'Etat, 26 juillet 1901 (D. 03-3-18). Cons. d'Etat, 10 janvier 1902 (S. 03-3-19).

des Compagnies gazières se trouve réduit à un simple droit de préférence.

A la place de cette clause de préférence, le traité peut contenir une clause par laquelle la Ville s'est réservé le droit d'imposer à son concessionnaire l'application de tout nouveau mode d'éclairage. Cette réserve se rencontre fréquemment dans les traités passés par les communes : pour prendre un exemple pratique, nous choisirons celui de la Compagnie du Gaz de la ville de Bourg (1). Cette ville avait passé un traité avec la Compagnie du Gaz le 9 décembre 1866, puis un traité complémentaire le 22 décembre 1882 ; dans cette dernière concession, l'article 3 imposait à la Compagnie « l'application des procédés ayant pour but d'obtenir l'éclairage par d'autres procédés que la houille ». En 1889, le maire de Bourg autorisa, malgré cette convention, un entrepreneur d'électricité à établir sur la voirie urbaine des fils pour fournir l'éclairage aux particuliers. La Compagnie protesta ; elle s'adressa au Conseil de Préfecture et ensuite au Conseil d'Etat ; celui-ci statua en ces termes : « Considérant que les communes ne peuvent constituer au profit d'un tiers le monopole de l'éclairage privé, il leur appartient, pour assurer sur leur territoire le service de l'éclairage tant public que particulier, de s'interdire, d'autoriser ou de favoriser sur le domaine municipal tout établissement pouvant faire concurrence à leur concessionnaire ;

(1) Cons. d'Etat, 8 mars 1895 (S. 97-3-17).

Considérant que les dispositions combinées des traités intervenus en 1866 et en 1882 entre la ville de Bourg et la Compagnie du Gaz, il résulte que la Ville a concédé à ladite Compagnie le droit exclusif de se servir des dépendances de la voirie urbaine, pour la fourniture de l'éclairage aux services municipaux et aux particuliers, sans distinction aucune, entre l'éclairage public et l'éclairage privé ; que, si ces traités règlent uniquement l'éclairage par le gaz, la Ville, en imposant à sa Compagnie concessionnaire par l'article 3 du traité de 1882 l'obligation de la faire profiter, sous des conditions déterminées, de l'application des découvertes de la science, a, par cela même, précisé le sens et la portée des engagements qu'elle contractait envers ladite Compagnie, et du droit exclusif qu'elle entendait lui concéder ; qu'il suit de là que, en autorisant le sieur Dumont à placer dans les voies urbaines des fils pour la distribution de la lumière électrique aux particuliers, la ville de Bourg a méconnu ses obligations vis-à-vis de la Compagnie du Gaz ; qu'ainsi, ladite Compagnie est fondée à demander l'annulation de l'arrêté par lequel le Conseil de Préfecture de l'Ain a rejeté sa demande en dommages-intérêts ».

Cette solution très rationnelle a été maintenue et confirmée par la jurisprudence postérieure (1).

Le traité passé entre la ville et le concession-

(1) Voir Cons. d'État, 8 mars 1895 (S. 97-3-17) ; Cons. d'État, 29 mars 1895 (S. 97-3-15) ; Cons. d'État, 16 mars 1897 (S. 99-3-41).

naire peut donner à celle-ci la faculté d'autoriser les essais temporaires d'éclairage.

Cette clause est beaucoup moins importante que les précédentes, et elle nécessite des explications beaucoup plus brèves ; voici comment elle se présente : Lorsqu'une ville s'est réservée, dans son traité, le droit de faire faire, sur la voie publique, des essais de tout nouveau mode de production de lumière, sans ajouter qu'elle entendait conserver toute liberté à l'application de ce nouveau système, la Compagnie du gaz se trouve investie d'un monopole général d'éclairage. Ces essais ayant, en effet, un caractère essentiellement temporaire, la ville a alors indiqué nettement qu'elle renonçait à la faculté d'autoriser toute installation permanente, pouvant faire concurrence à son concessionnaire (1).

III. Il nous reste à examiner le dernier type de traité, celui où la ville, tout en ne parlant que de l'éclairage au gaz, n'a pas exclu expressément les autres modes d'éclairage.

C'est ce type de traité qui soulève les plus grandes controverses, car, dans cette hypothèse, le contrat intervenu entre la ville et le concessionnaire, ne contient aucune disposition précise permettant d'affirmer le monopole de la Compagnie gazière.

(1) Voir en ce sens un arrêt du Conseil d'État du 6 février 1897. Les principaux considérants sont reproduits dans la thèse de M. FRISSON, *De l'Effet, à l'égard des particuliers, des Concessions et Traités municipaux en matière d'éclairage*, pp. 75 et 76.

La solution à intervenir dépendra des termes mêmes du contrat ; cependant, on peut établir une certaine classification entre ces traités, car les difficultés peuvent être de trois sortes :

Le traité ne prévoit aucune modification à l'éclairage actuel ;

Le traité a prévu les nouveaux procédés exigeant une canalisation ;

Le traité n'a parlé que des procédés nouveaux relatifs au gaz.

Examinons chacun de ces trois genres de concessions.

Le traité ne prévoit aucune modification à l'éclairage actuel.

Cette hypothèse s'est présentée, dans la pratique, dans l'affaire de la ville d'Argentan (1). Cette ville avait conclu, le 26 septembre 1866, un traité avec M. Sassier (aujourd'hui remplacé par M^e Stears), aux termes duquel il lui était accordé le droit exclusif à la fourniture de l'éclairage par le gaz, et la ville s'était interdite d'autoriser, sur la voie publique « toute espèce de canalisation pouvant faire concurrence au premier concessionnaire ».

Le traité ne faisait aucune allusion aux nouveaux modes d'éclairage qui viendraient à être découverts. La difficulté est venue du jour où l'électricité est entrée dans la pratique ; la ville et la dame Stears ont été devant le Conseil de préfecture de l'Orne, qui a rejeté la demande de la concessionnaire, qui

(1) Cons. d'État, 2 février 1894 (S. 95-3-89)..

prétendait avoir le monopole général de l'éclairage. Le Conseil d'État a annulé l'arrêté du Conseil de préfecture, en disant que la convention de 1866, ne faisant aucune distinction entre l'éclairage public et l'éclairage privé, et que les mots « toute espèce de canalisation », établissent le monopole de la Compagnie gazière.

Le traité peut avoir prévu seulement les nouveaux procédés exigeant une canalisation. Prenons comme exemple de ces concessions, celui de la ville de Villeneuve-sur-Lot (1). L'article 1^{er} de ce traité décidait : « Le maire de Villeneuve au nom de la ville, concède à M. Cheneusac le privilège pendant cinquante ans, à partir du 1^{er} juillet 1858, de canaliser les rues, places et quais et autres voies publiques pour l'éclairage et le chauffage ; mais ce privilège ne comprend que la canalisation pour ce mode d'éclairage et de chauffage et ne s'applique dès lors à aucune autre canalisation pour un autre objet ni aucun mode d'éclairage et de chauffage, qui ne nécessiterait pas de canalisation ». Le 7 mai 1897, le Conseil d'État a confirmé l'arrêté du 27 décembre 1892 du Conseil de Préfecture du Lot-et-Garonne ; il a reconnu dans l'article 1^{er} du traité, un monopole général d'éclairage. Le motif qui a déterminé la conviction des deux juridictions est que l'article 1^{er} faisant allusion aux canalisations pour un autre objet, a eu pour but de viser les canalisations qui ne sont pas relatives à l'éclairage.

(1) Cons. d'Etat, 7 mai 1897 (S 99-3-52).

Cette solution peut être critiquée, car l'éclairage électrique diffère trop de l'éclairage au gaz, pour que les canalisations qui distribuent ces deux genres d'éclairage puissent être considérées comme affectant le même objet ; malgré cette objection, le Conseil d'Etat a maintenu sa jurisprudence (1).

Le traité intervenu entre la ville et le concessionnaire, n'a visé que les procédés nouveaux relatifs au gaz (2). Dans le traité passé en 1884 par la ville de Compiègne avec la Compagnie française d'éclairage et chauffage par le gaz, il n'était question que des améliorations à apporter à la fabrication du gaz.

La ville dans la suite autorisa un tiers à établir des fils conducteurs d'électricité pour fournir l'éclairage des particuliers. La Compagnie concessionnaire protesta, on alla devant le Conseil de Préfecture de l'Oise, qui donna gain de cause à la ville ; la Compagnie fit appel au Conseil d'Etat qui annula la décision des premiers juges, en déclarant que le traité du concessionnaire donnait à la Compagnie gazière sans restriction, ni réserve d'aucune sorte, le monopole de l'éclairage public et privé, et que par suite la ville s'était interdit

(1) Voir Cons. d'Etat, 4 juin 1897. FRISSON. *De l'effet à l'égard des particuliers des concessions et traités municipaux en matière d'éclairage*, p. 83 et suivantes. Cons. d'Etat, 6 mars 1897 (S. 99-3-40).

(2) Cons. d'Etat, 2 novembre 1897. Voir FRISSON. *De l'effet, etc.*, p. 86 et suivantes.

tout acte qui pourrait faire naître une concurrence vis-à-vis du concessionnaire.

Telles sont les principales controverses soulevées par la concurrence du gaz et de l'électricité. Demandons-nous en terminant, quelles sont les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur cette question. Elle a été très vivement combattue, notamment par M. Hauriou, qui dans ces notes du Sirey (1) a défendu les Compagnies d'électricité contre les Compagnies gazières et le reproche principal qu'il adresse au Conseil d'Etat est dans le fait que tous les doutes s'interprètent en faveur du monopole. Cette critique est en partie fondée et quelquefois on peut regretter que le Conseil d'Etat empêche les villes de reprendre leur liberté. Mais à côté de ces inconvénients la jurisprudence du Conseil d'Etat, a eu pour résultat de donner une sécurité particulière aux capitaux placés dans les Sociétés gazières et ainsi une crise financière des plus graves a pu être évitée. Cette solution était je crois nécessaire, car les parties avaient contracté de bonne foi et leurs engagements devaient être respectés. Le but de cette jurisprudence, n'est pas de favoriser le gaz aux dépens de l'électricité, mais seulement de faire respecter les droits acquis légitimement par le premier concessionnaire.

(1) Voir la note sous l'arrêt du Cons. d'Etat, 26 décembre 1891 (S. 94-3-1) et surtout celle sous l'arrêt du Cons. d'Etat, 8 mars 1895 (S. 97-3-17).

Les Concessions de traction

Il y a des concessions autres que celles d'éclairage notamment des concessions de traction pour établir des tramways électriques.

Ces concessions suivent à peu près les mêmes règles que celles des concessions d'éclairage, car il y a deux choses dans ces concessions : le droit d'obtenir de poser des rails sur la voie publique puis celui de poser des fils.

Une première difficulté peut naître de ce fait que le tramway à établir emprunte des voies qui appartiennent à l'État, au département ou à la commune ; va-t-il falloir obtenir une autorisation de chacune de ces personnes administratives. La question a été résolue par la loi du 11 juin 1880, sur les chemins de fer d'intérêt local et les tramways, qui dans son article 27 déclare que la concession est accordée par l'État lorsqu'elle doit être établie en tout ou en partie sur le domaine public de l'État ; il en est de même pour le département et la commune.

Dans la pratique l'État fait rarement la concession à la Compagnie de Tramways, il l'accorde généralement aux villes ou aux départements suivant les voies que doit emprunter le tramway avec faculté de rétrocession pour permettre à la personne administrative concessionnaire de se substituer un tiers dans ses droits et obligations.

A qui sont faites les demandes de concession ?

A l'État, au département ou à la commune suivant que les chemins parcourus dépendent de l'une ou de l'autre de ces personnes administratives.

La demande doit en plus être accompagnée d'un avant-projet comprenant un extrait de la carte à l'échelle de 1/80.000° ;

Un plan général des voies empruntées et des déviations à l'échelle de 1/10.000° ;

Un profil en long à l'échelle de 1/5.000° pour les longueurs et de 1/1.000° pour les hauteurs ;

Des profils en travers-type à l'échelle de 0^m02 par mètre ;

Un plan à l'échelle de 0^m05 par mètre de chacune des traverses suivies par le tramway (1).

La demande doit contenir en outre un mémoire descriptif qui indiquera le but de l'entreprise, les avantages à espérer, les dépenses qu'elle entraînera, le genre de services que le tramway devra remplir, le mode d'exploitation, le mode de traction, le maximum de vitesse, etc.

Le Préfet instruit dans tous les cas la demande déposée ; il l'examine rapidement et la transmet pour avis au service du contrôle. Les agents du contrôle ont pour mission de vérifier soigneusement le dossier communiqué et le font compléter si cela leur paraît nécessaire. Leur travail terminé ils font un rapport où ils consignent leurs observations, donnent leur avis et renvoyent le dossier au Préfet. Si le projet est pris en considération le

(1) Règlement d'administration Publique du 18 mai 1881, art. 2.

Préfet soumet le dossier au pouvoir concédant ; si celui-ci déclare donner suite à la demande on procède à l'enquête. Le Préfet prend un arrêté où il indique la date d'ouverture, la durée de l'enquête et nomme une commission de sept membres au moins et de neuf membres au plus (art. 5 du décret du 18 mai 1881).

Cet arrêté est affiché dans toutes les communes de chacun des cantons que la ligne doit traverser.

Dans les chefs-lieux de cantons ou à la mairie de la commune si la ligne ne sort pas de la commune intéressée, on dépose pendant un mois, les pièces de l'avant-projet, le mémoire descriptif qui accompagne la demande, et un registre pour consigner les observations.

Le délai fixé par l'arrêté d'enquête expiré, la Commission se réunit sur la convocation du Préfet, elle examine les déclarations consignées au registre, entend les commissaires chargés de recueillir des renseignements près des personnes compétentes et donne son avis motivé sur l'utilité de l'entreprise. Ces opérations doivent être terminées dans le délai de quinze jours, et le dossier est remis au Préfet qui le communique aux ingénieurs du contrôle.

Les ingénieurs prennent connaissance des résultats de l'enquête, ils préparent le cahier des charges et la convention qui doit intervenir entre l'autorité concédante et le concessionnaire.

Lorsque toutes les pièces sont régulièrement établies et que le travail de vérification est terminé, l'ingénieur en chef du contrôle retourne le dossier

au Préfet avec un rapport qui résume les différentes phases de l'instruction, analyse les résultats, fournit les renseignements nécessaires sur l'utilité de l'entreprise et sa vitalité, formule les observations suggérées par le projet de convention et par le cahier des charges, signale les modifications proposées au cahier des charges-type et donne des explications précises sur les diverses dispositions de la convention.

Le Préfet s'assure que l'instruction de l'affaire est complète et envoie le dossier à l'autorité compétente qui décide, et le traité est signé par les intéressés.

Les travaux d'établissement du tramway ne peuvent commencer qu'avec l'autorisation de l'Administration compétente, donnée sur le vu des projets d'exécution. Le projet d'exécution comprend l'extrait de la carte, le plan général, le projet en long, les projets en travers-type et les plans de traverses. Ce projet doit être approuvé par l'autorité qui a fait la concession (art. 3, loi du 11 juin 1880).

L'article 6 de la loi sur les tramways déclare que l'autorité qui a fait la concession a toujours le droit de supprimer ou de modifier une partie du tracé lorsque la nécessité en sera reconnue après l'enquête.

Nous arrivons ainsi à la construction du tramway : elle peut être confiée à un concessionnaire ou bien faite par l'Administration. Le concessionnaire fait l'ouvrage et se rémunère en percevant

des taxes sur le public qui utilise le tramway. La concession peut être accordée par adjudication ou de gré à gré ; c'est généralement ce dernier procédé que l'on emploie. Les droits et obligations des parties sont fixées par le cahier des charges, et elles sont obligées de s'y soumettre.

Le tramway peut aussi être construit par une personne administrative : État, département, commune. La personne administrative a donc trois modes d'exécution pour construire son tramway : la régie, l'adjudication publique, le marché de gré à gré.

L'exécution en régie, c'est celle faite sous la direction des agents de l'Administration qui paie et surveille les ouvriers. La régie est simple quand les travaux sont dirigés par les ponts et chaussées ; intéressée, quand le Directeur n'est pas un agent de l'Administration.

L'adjudication est le marché passé avec publicité et concurrence.

Le marché de gré à gré a lieu par entente directe avec l'entrepreneur.

Telles sont les règles qui régissent la construction des tramways. Quant à son fonctionnement, l'exploitation peut être faite par le concessionnaire, qui est soumis aux règles établies par le cahier des charges. L'exploitation peut avoir lieu par d'autres modes, par fermier ou par régie directe.

L'exploitant est responsable des accidents qui peuvent survenir aux personnes qu'il transporte, du moment que celles-ci n'ont commis aucune imprudence.

Nous en aurions fini avec les concessions, s'il ne nous restait à dire quelques mots du côté financier, et notamment de la question de la garantie d'intérêt.

Le concessionnaire constitue sa société en suivant les règles du droit commercial ; mais il peut, d'après la concession, recevoir des subventions de l'État, des départements et des communes. Ces subventions ont pour but de pallier aux moins-values, auxquelles peut donner lieu l'exploitation, et de permettre de fournir aux actionnaires un dividende déterminé. Cela est nécessaire pour ces entreprises, dont la concession est longue, qui nécessitent des travaux importants, exigent la réunion de capitaux considérables et qui, au début de l'exploitation, peuvent fournir un rendement insuffisant pour couvrir les charges que le concessionnaire a à supporter.

Dans toutes les conventions de ce genre, qui interviennent entre la Société concessionnaire et l'État, le département ou la commune, il est bien entendu que, le jour où les recettes brutes seront suffisantes pour couvrir les frais d'exploitation et 6/100 du capital de premier établissement, la moitié du surplus de la recette sera versée à la personne administrative qui a fourni la subvention, et cela jusqu'au complet remboursement des avances qu'elle a faites.

Ce système présente des avantages certains, surtout quand il s'applique à des lignes qui, rapidement, auront des plus-values, mais il peut être très

dangereux et obérer très sérieusement les finances des départements et des communes.

En effet, si une ligne a des produits très inférieurs à ses dépenses, et que cette ligne jouisse de la clause de garantie d'intérêt, la personne administrative qui lui a donné cette garantie devra verser des sommes considérables pour faire face aux moins-values ; et peu à peu la Société concessionnaire, devant les sommes énormes qu'elle devra à la personne administrative qui l'a garantie, se désintéressera de la gestion de son tramway et l'exploitation deviendra tout à fait mauvaise, car cette Société se rendra compte qu'elle ne pourra rembourser, pendant la durée de sa concession, les avances qui lui ont été faites, et le concessionnaire, puisqu'il ne recueillera aucun bénéfice, se désintéressera de son exploitation et le service deviendra tout à fait défectueux (1).

(1) Pour plus de détails sur tout ce qui a trait aux concessions de traction voir : LACAN. *Etude théorique et pratique sur les Chemins de fer d'intérêt local, les tramways et autres voies ferrées secondaires*. — DEJEAN. *Etude juridique et économique sur les Chemins de fer d'intérêt local*. — LARTIGUE. *Les Tramways*.

CHAPITRE III

Les Contrats de transport d'énergie

La loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie a bien indiqué que les formalités seraient les mêmes pour établir un transport d'énergie que pour tout autre genre de distribution, mais elle n'a nullement tranché les questions de savoir : quels sont les rapports des parties contractantes, quelle est la nature juridique du contrat intervenu ?

Avant d'examiner ces questions il faut nous demander comment les choses se présentent dans la pratique.

Les machines électriques qu'elles soient à influence ou d'induction sont toutes réversibles et de même qu'elles transforment en énergie électrique sous forme de courant, le travail mécanique, elles transforment sous forme de mouvement l'énergie électrique en travail mécanique ; c'est cette propriété que l'on a mise à profit pour le transport de la force à distance par l'électricité. Deux machines

semblables dynamo ou magnéto électriques ont leurs fils réunis par un circuit conducteur. L'une la machine génératrice, mise en mouvement par le moteur se comporte comme un générateur ordinaire de courant électrique ; l'autre, la machine réceptrice reçoit le courant par l'entremise du câble conducteur, elle est mise en mouvement sous son action et se comporte comme un moteur électrique.

L'énergie électrique se transporte très facilement sur un simple conducteur suspendu à des supports isolants. Cette propriété du transport de l'électricité est connue depuis longtemps, mais elle était sans importance pratique parce que l'on ne pouvait transporter des courants puissants. C'est en 1891 seulement, après les expériences fameuses effectuées entre Lauffen et Francfort que le transport d'énergie fut l'objet d'applications industrielles. Une puissance de trois cents chevaux produite à Lauffen au moyen d'un alternateur triphasé était transportée à 175 kilomètres de là par des courants dont la tension fut portée jusqu'à 30.000 volts. La difficulté de ce transport d'énergie résultait de la déperdition qui se produisait en cours de route. On peut remédier à cet inconvénient de plusieurs manières. D'abord en isolant la ligne avec le plus grand soin et cela est d'autant plus important que le courant transporté est plus fort ; car si le courant est à un haut potentiel et s'il est mal isolé, il sortira du conducteur des aiguillettes violacées et ce conducteur perd par effluves une partie de son

énergie et il peut en résulter des accidents graves ; aussi aujourd'hui prend-on toutes les précautions pour que l'isolement des conducteurs soit aussi parfait que possible ; malgré cela il y aura toujours une certaine perte ; mais cette perte de puissance est très faible par rapport à la déperdition considérable qui se produit sous forme de chaleur. En effet rien ne peut empêcher l'énergie de se dégrader et la loi de Joule reste toujours vraie ; voici cette loi : « Un conducteur parcouru par un courant laisse pendant une seconde tomber sous forme de chaleur, une quantité d'énergie égale au produit de sa résistance par le carré de l'intensité de ce courant (1) ».

Nous venons d'examiner comment se présente la question en physique : il nous faut maintenant l'étudier au point de vue juridique. Un premier fait est certain : l'on doit appliquer au transport d'énergie les règles établies par le législateur pour le transport des marchandises. En effet, l'énergie électrique est une marchandise. Qu'est-ce qu'une marchandise ? C'est une chose qui fait l'objet d'un commerce ; or, il est certain que l'on peut vendre de l'énergie électrique ; donc, cette énergie est une marchandise.

Cette première difficulté résolue, il s'en présente

(1) Pour plus de détails sur cette question du transport d'énergie électrique, voir : POINCARÉ, *L'Électricité*, p. 181 et suivantes. RODET, *Distribution de l'énergie par courants polyphasés*, p. 285 et suivantes.

une seconde : quelles règles doit-on appliquer au transport d'énergie ? En effet, le législateur a parlé deux fois du transport de marchandises sous le titre de voiturier ; il a indiqué les règles des voituriers par terre et par eau, dans le Code civil, article 1782 et suivants, puis dans le Code de commerce, articles 103 et suivants ; or, ces deux groupes de textes ne posent pas des règles identiques, et il faut se demander lesquelles doivent s'appliquer à notre matière. Je crois que l'on devra suivre les principes du Code de commerce, puisqu'on se trouve en présence de commerçants. En effet, un marchand d'électricité est commerçant, et l'individu qui a besoin de recevoir un courant à haute tension est certainement un commerçant ou un industriel, car sans cela, à quoi cette électricité pourrait-elle lui servir ?

Nous allons donc examiner les règles indiquées dans le Code de commerce et voir si elles sont applicables au transport d'énergie.

L'article 103, le premier des textes qui s'occupe de la question que nous avons à résoudre, est ainsi conçu : « Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure.

« Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure ». Ce texte peut-il s'appliquer intégralement à la question qui nous occupe ? Il nous paraît juste de dire que le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, que la perte soit

totale ou partielle. En effet, le fournisseur d'énergie peut négliger l'entretien de ses appareils conducteurs, et il peut se produire une perte partielle de l'énergie. Cette perte sera pour son compte ; de même l'un des conducteurs, par suite du mauvais entretien, tombe sur le sol ou entre en contact avec un objet qui absorbe tout ou partie de l'électricité : la perte qui en résulte est pour le transporteur, car il est responsable de la perte de l'objet ; mais à cette règle, il y a une exception : c'est le cas de force majeure.

L'article 103 rend le transporteur responsable des avaries qui peuvent se produire. Cette partie du texte paraît applicable à notre matière, au cas seulement où le courant transmis est en partie perdu ; cette perte partielle doit être assimilée à une avarie qui peut rendre le courant ainsi affaibli inutilisable par le destinataire.

L'article 104 du Code de commerce examine une autre cause d'indemnité ; le cas où le transport n'est pas effectué dans le délai convenu entre les parties. Ainsi un transporteur d'énergie électrique doit me fournir un courant de 300 chevaux, à la tension de 30.000 volts, pendant huit heures ; si, pendant ce délai, il ne m'envoie pas un courant suffisant, quant à sa force et quant à sa tension, je pourrai lui demander une indemnité pour le préjudice qu'il m'a causé ; en effet, il a, en prolongeant plus longtemps le service, fourni le courant qu'il aurait dû me transmettre en huit heures ; or, il en a transmis une partie après ce délai, et dans les

conditions établies entre les parties, la livraison de la chose, ou tout au moins d'une partie de la chose, a été tardive et le destinataire a droit à une indemnité.

Le législateur, après avoir indiqué quand le transporteur est responsable, examine dans l'article 105, modifié par la loi du 11 avril 1888, comment il peut se libérer. Ce texte est ainsi conçu : « La réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier pour avarie ou perte partielle, si dans les trois jours, non compris les jours fériés qui suivent celui de cette réception, et de ce paiement le destinataire n'a pas notifié au voiturier, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée, sa protestation motivée ». Ce texte, tel qu'il est rédigé, peut parfaitement être appliqué au transporteur d'énergie.

Le législateur arrive ensuite à examiner le cas de refus ou de contestation ; pour la réception des objets transportés, dit-il, leur état est vérifié et constaté par des experts nommés par le Président du Tribunal de Commerce, ou par le juge de paix ; jusqu'ici, ce texte pourrait être appliqué, mais le législateur ajoute que le dépôt ou séquestre et le transport, dans un dépôt public, pourrait être ordonné, ainsi que la vente des objets transportés, vente faite au profit du voiturier jusqu'à concurrence du prix. Ces dernières prescriptions sont inapplicables lorsqu'il s'agit d'électricité, et il serait peut-être bon que le législateur intervint, car des

difficultés pourraient naître entre les parties contractantes.

Le Code de commerce indique encore les délais dans lesquels les diverses actions pourront être intentées ; celles pour avaries, pertes ou retards sont prescrites par un an, toutes les autres par cinq ans.

De l'examen sommaire que nous venons de faire, il résulte que les règles du Code de commerce, sur les contrats de transports, cadrent tant bien que mal avec les nécessités du transport d'énergie. Si ces règles ne peuvent s'appliquer complètement, cela tient à deux causes : d'abord, à la nature de la chose transportée, qui n'a pas du tout le caractère des marchandises ordinaires, puisqu'on ne peut l'appréhender ; ensuite au contrat de transport en lui-même. En effet, un commerçant de Caen veut envoyer des marchandises à Bayeux, par exemple, le commerçant ne va pas transporter lui-même ces marchandises, il va les remettre à un transporteur, par exemple au chemin de fer, qui prendra les marchandises à la gare, les portera à Bayeux où le destinataire viendra les chercher. Dans ce contrat, il y a trois personnes distinctes qui jouent des rôles différents : l'expéditeur, le transporteur et le destinataire.

Dans le transport d'énergie l'on peut retrouver également un expéditeur, un transporteur et un destinataire ; mais généralement, il n'en sera pas ainsi, il arrivera que le fournisseur de la marchandise sera en même temps transporteur, mais dans

les cas les plus fréquents une seule et même personne remplira les trois rôles et il n'y aura pas de contrat de transport. Ainsi un industriel capte une chute d'eau ; l'énergie de cette chute est transformée en électricité et transportée à l'usine de cet industriel qui peut se trouver à 50, 100 ou 150 kilomètres de là ; et ce fait matériel explique qu'il n'y ait pas de jurisprudence sur la question, car il n'y a pas de contestation possible, puisque les éléments qui constitueraient les obligations des diverses parties sont tous réunis dans la même personne.

CONCLUSION

Avant de clore cette étude, il est bon de se rendre compte du chemin parcouru et de prendre une vue d'ensemble des règles que nous avons exposées. Il ressort avec évidence de ce que nous avons dit que la liberté dont jouissent les parties contractantes est très grande et cette liberté tient à plusieurs causes. Au moment où le Code civil fut établi, ces contrats n'existaient pas et par suite n'étaient pas réglementés ; ils se formèrent peu à peu et les personnes, appelées à user des contrats dont nous venons de parler, appliquèrent les règles du Code civil sur les obligations en général et elles parurent suffisantes pour protéger les parties. Le législateur n'est intervenu que pour réglementer la pose des fils ou des canalisations qui auraient pu léser d'une manière grave les particuliers et être dangereux pour la sécurité publique ; telles sont les règles sur la pose des fils télégraphiques ou téléphoniques ou celles sur les câbles de distribution d'énergie, mais en dehors de là, la liberté absolue est laissée aux parties contractantes pour former leurs conventions.

Parmi les divers contrats que nous avons examiné, l'un existait déjà (le contrat de concession) l'autre avait été précédé par un contrat du même genre (le contrat par télégramme).

Pour les contrats de concession, le mode de procéder a été très simple on a suivi les règles existant sur cette matière en les appropriant à la chose à laquelle on les appliquait.

Pour le contrat par télégramme on a suivi les règles tracées par la jurisprudence pour les contrats par correspondance dont le Code civil n'avait pas parlé en se basant sur les principes généraux de notre droit civil.

De tout ce qui précède il résulte que si, grâce aux progrès de la science, de nouveaux modes de contracter se sont produits, les règles de notre Code civil ont été, sans difficulté, appliquées pour la formation de ces nouveaux contrats.

VU :

Le Président de la Thèse,

L. GUILLOUARD.

VU ;

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Pour le Recteur de l'Université de Caen,

Le Vice-Président

du Conseil de l'Université, délégué,

D^r AUVRAY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	9

PREMIÈRE PARTIE

<i>Production et nature juridique de l'électricité.</i>	13
CHAPITRE I ^{er} . — Production de l'électricité	15
CHAPITRE II. — La Nature juridique de l'électricité	34

DEUXIÈME PARTIE

<i>Les Contrats par correspondance électrique.</i>	41
<i>Les Contrats par Télégramme.</i>	42
CHAPITRE I ^{er} . — Est-il possible de contracter par télé- gramme et quels contrats peut-on former	44
CHAPITRE II. — Nature juridique du contrat par télégramme.	62
CHAPITRE III. — Formation du contrat par télégramme . . .	64
CHAPITRE IV. — Moment et lieu de la formation du contrat.	83
CHAPITRE V. — Preuves des contrats par télégramme. . . .	109
CHAPITRE VI. — Transcription du contrat par télégramme .	117
CHAPITRE VII. — Erreurs dans la transmission des télé- grammes	121
APPENDICE. — Télégraphie sans fil	136
<i>Les contrats par Téléphone.</i>	140

	Pages
CHAPITRE I ^{er} . — Nature et formation du contrat par téléphone.	142
CHAPITRE II. — De la preuve du contrat par téléphone . .	150
CHAPITRE III. — Des erreurs possibles dans les contrats par téléphone	154

TROISIÈME PARTIE

<i>La distribution d'énergie.</i>	159
CHAPITRE I ^{er} . — Règles générales de la distribution d'énergie.	161
CHAPITRE II. — Les contrats de concession	182
Les concessions d'éclairage électrique. . . .	190
Les concessions de traction	242
CHAPITRE III. — Les contrats de transport d'énergie . . .	249
CONCLUSION	257

Caen — Imprimerie E. LANIER, 31, boulevard Bertrand
